UNIDAD DIDÁCTICA

6 EL DERECHO DE SUCESIONES

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El fenómeno sucesorio y el Derecho que lo disciplina
2. Fundamentos del Derecho de sucesiones
3. Tipos básicos de sucesión en el marco de nuestro sistema positivo
4. El objeto de la sucesión mortis causa: la herencia
5. Clases de sucesores: heredero versus legatario
   - 5.1. Criterios básicos de clasificación
   - 5.2. Determinación del título, universal o particular, de la sucesión
6. La dinámica del proceso sucesorio
   - 6.1. La apertura de la sucesión
   - 6.2. Vocación y delación hereditarias
   - 6.3. El derecho de adir la herencia (ius delationis)
7. Capacidad para suceder
   - 7.1. Principios generales del Código Civil
   - 7.2. Incapacidades absolutas
8. Prohibiciones para suceder

9. La indignidad sucesoria
 9.1. Concepto
 9.2. Naturaleza
 9.3. Fundamento
 9.4. Causas
 9.5. Momento en que ha de darse
 9.6. Efectos
 9.7. Rehabilitación del indigno

10. El derecho de representación
 10.1. Concepto
 10.2. Casos en que procede
 10.3. Efectos de la representación
 10.4. El derecho de representación en la sucesión testada y forzosa

11. El derecho de acrecer
 11.1. Concepto
 11.2. Presupuestos
 11.3. Efectos
 11.4. El derecho de acrecer en la sucesión intestada y forzosa

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Se inicia con esta Unidad didáctica la segunda parte de nuestra asignatura, dedicada al Derecho de sucesiones. Lo primero que debemos advertir es su plena imbricación, en cuanto rama del conocimiento, con las cuestiones vistas hasta aquí, pues es el núcleo familiar si no el fundamento primario, sí una de las claves elementales para comprender el ordenamiento sucesorio. La transmisión sucesoria como fenómeno de imprescindible valoración en el contexto de cualquier sistema positivo nos obligará a ir desgranando conceptos sustanciales que constituyen la que se antoja una especie de parte general, que se verá completada con el contenido de la Unidad siguiente.

Propiamente, en esta Unidad corresponde analizar los principios que informan el Derecho sucesorio así como las variadas formas, tipos, de sucesión por causa de muerte (testada, intestada, legitimaria), con especial énfasis en el objeto diferenciado que presenta –plasmado en la noción más que básica de herencia– y las distintas clases de sucesores –heredero frente a legatario– sin obviar todo lo relativo a su capacidad y «dignidad» al efecto.

1. EL FENÓMENO SUCESORIO Y EL DERECHO QUE LO DISCIPLINA

En un sentido técnico, toda sucesión implica sustitución en la titularidad de los derechos o en las relaciones o situaciones jurídicas; se trataría de todo cambio subjetivo respecto de una relación de Derecho, patrimonial o no. Mas no todos los derechos la admiten. Los derechos de la personalidad y los de familia son, por regla general, intransmisibles, y también lo son algunos derechos patrimoniales (reales o de obligación), en cuanto sean vitalicios o se hayan convenido por razón o en favor de una determinada persona (por ejemplo, servidumbres personales así constituidas, usufructo). Limitada, pues, a los derechos transmisibles, puede definirse la sucesión como la sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra.

Pero la sucesión en el anterior sentido amplio, o sea, como sinónima de transmisión, puede ser ínter vivos o mortis causa. La primera en nuestro Derecho es comúnmente a título particular, en cuanto tiene de ordinario lugar en las adquisiciones a título derivativo (por compra, permuta, cesión, donación, etc.), que implican sustitución en una relación jurídica singular y determinada; en el ámbito societario, en cambio, es propiamente donde podríamos encontrar la sucesión de una persona jurídica respecto del patrimonio de otra o una tercera en la que ambas se fusionaran.

La sucesión mortis causa, por su parte, es la sucesión más típica y la que recibe por antonomasia el nombre de tal, pudiendo ser a título universal (el heredero sucede en la herencia) o particular (el legatario sucede en uno o varios bienes integrantes de la herencia, pero no en ella en cuanto objeto específico).

Es así que, en general, podemos conceptuar la sucesión mortis causa como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles, dejados a su muerte por otra, así como en las deudas vinculadas, y esto último en función del título concreto en el que haya operado la delación, a saber, el llamamiento efectivo de la persona correspondiente a la herencia o bienes de que se trate.

Precisiones

En la sucesión mortis causa, podemos distinguir, siempre a título introductorio, entre elementos personales, reales y formales.

.../...

.../...

Los elementos subjetivos de la sucesión mortis causa son: el difunto, «aquel de cuya sucesión se trata» (de *cuius successione agitur*), llamado por eso también causante, que con su muerte da lugar a la sucesión; deberá tener capacidad jurídica, aunque para hacer testamento deberá tener capacidad de obrar para ello, que es más amplia que la general de obrar; el sucesor, que sucede o hereda al anterior, con requisitos específicos de capacidad de suceder, así como la capacidad para aceptar o repudiar la herencia.

Los elementos reales hacen referencia al conjunto de relaciones jurídicas que constituyen el contenido de la herencia en las que sucede el heredero y de las que era sujeto el causante; más correctamente, a la herencia como instituto objeto de esta clase principalísima de sucesión.

Finalmente, en su aspecto formal, la sucesión remite al título, al concepto de la delación, del concreto llamamiento, en alusión a la voluntad del causante (volcada en la clase de testamento que sea) o la ley, e incluyendo todo el régimen de adquisición –y vinculada– responsabilidad de herederos y legatarios.

Siendo así, el Derecho de sucesiones, Derecho sucesorio o hereditario –aunque este último término sea entre nosotros menos correcto en cuanto existen sucesores, véase legatarios, que adquiriendo bienes de la herencia no adquieren, como los herederos, propiamente esta como objeto–, sería el conjunto de normas que, formando parte sustancial del Derecho civil –aunque con marcada proyección a otras ramas del ordenamiento–, regula la sucesión mortis causa, al objeto de determinar sobre quién y de qué manera van a continuar en el caso de muerte de una persona las situaciones jurídicas que lo hubieran tenido hasta ese momento como titular, regulando, pues, la transmisión por el causante y la adquisición por el causahabiente de tales relaciones.

Precisiones

El Código Civil español a la hora de situar sistemáticamente el Derecho de sucesiones, ha seguido el plan de Gayo o romano-francés, encuadrando la materia en el Libro III «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», Título III «De las sucesiones», artículo 657 y siguientes.

El concepto genérico brindado es válido, por ello mismo, para cualquier ordenamiento jurídico. Puntualmente, respecto al español, el Derecho sucesorio –o lo que es lo mismo, el tratamiento jurídico del fenómeno sucesorio por excelencia en cuanto a su problemática– se cimienta en los siguientes principios inspiradores o, mejor, orientaciones, aglutinando cuanto la mejor doctrina expone al respecto (Albaladejo García, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, Sánchez Calero):

- La legislación reconoce, en primer lugar, **el derecho a una parte de la herencia de los familiares más próximos**; exactamente, de los parientes en línea recta (descendientes o ascendientes), así como del cónyuge en el caso de que el matrimonio del fallecido este al tiempo vigente (no estuvieran separados siquiera de hecho). Toda la sucesión intestada se basa en ello, propósito que se logra en la testada a través del establecimiento de un sistema normalmente excluyente (si aceptan los descendientes no heredarán los ascendientes, aunque sí el cónyuge supérstite) aunque variable según la categoría (descendiente, ascendiente o cónyuge) de legítimas a favor de estas personas.
- Este derecho de los familiares convive en la legislación con el **amplio ámbito que se reconoce, asimismo, a la autonomía de la voluntad, de manera que toda persona puede disponer de una parte de sus bienes** –de su herencia futura– para el caso de fallecimiento, recudiéndose tal anticipada disposición en la medida en que la cuota legitimaria a su través no llegue a respetarse. El instrumento básico de tal disposición se llama **testamento** y encuentra su particular fundamento en la autonomía de voluntad.
- Junto a la libertad de testar y el necesario respeto a la cuota legitimaria al que se condiciona en su alcance o ejercicio, **el ordenamiento prevé un orden de sucesión para el caso de que no se disponga de tal modo, esto es, por vía testamentaria**. La sucesión intestada o abintestato, por tanto, actúa supletoriamente como bóveda de todo el sistema, guiándose asimismo –como no puede ser de otro modo– por el criterio de proximidad familiar.
- Y es que, por el principalísimo fundamento del Derecho sucesorio que, como veremos a continuación, reside en el principio de seguridad jurídica, de mantenimiento de las relaciones jurídicas, haya o no testamento, **no cabe sucesión sin llamamiento hereditario en sentido estricto**. En otras palabras: todo el sistema sucesorio propende a proveer la continuación de esas relaciones en una o varias personas que asumirán, con cargo mínimo a los activos de la herencia, las deudas dejadas por el causante.

- Finalmente, sea la sucesión testada o sea intestada, está previsto que una parte de los bienes del difunto pasen a la comunidad a través del pertinente **impuesto**, que mitiga, por razón o función social, entonces el lucro exagerado que podría llegar a darse con motivo de este tipo de transmisiones. Supone una concesión, nada más, a las corrientes negadoras que vieran en toda sucesión un enriquecimiento injusto, inmotivado, en consonancia con las tesis negativas acerca de la propiedad privada. Cada comunidad autónoma es la que decide si el impuesto habrá de gravar en todo caso las adquisiciones hereditarias, habiendo algunas que con acierto eximen de él a los descendientes respecto a la herencia de padres y abuelos.

2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE SUCESIONES

En nuestro Derecho, la sucesión mortis causa se reconoce por principio respecto de toda clase de bienes, salvo que su no transmisibilidad se encuentre convenientemente justificada. Tal reconocimiento –o tal principio, si se prefiere– surge del artículo 33 de la Constitución por el que «se reconoce el **derecho a la propiedad privada** y a la herencia», quedando ambos derechos supeditados a la función social como patrón, criterio básico delimitador de su contenido.

Por lógica, pues, la herencia, el derecho a la herencia desde la concepción que emana del precepto constitucional más bien, encontraría su fundamento en el derecho de propiedad privada, que razonablemente no podría quedar cercenado a la muerte del titular de los bienes que fueran. No habría derecho de propiedad allí donde el total de las titularidades patrimoniales quedará sometido a vital caducidad. En esta dirección, el derecho a la propiedad privada se plasmaría en una segunda consecuencia: la necesidad de dotar al interesado de un conveniente ámbito de libertad dispositiva con eficacia llegado su fallecimiento. Así se legitimaría el bloque del Derecho testamentario dentro del Derecho sucesorio, más allá de la cuestión de clara política legislativa acerca de las legítimas, acerca de a cuánto debe ascender la cuota legitimaria en cada caso, y aun si deben existir.

Precisiones

Hoy en día, puede decirse que es este el punto trascendental sobre el que giran todas las críticas a nuestro Derecho sucesorio codificado. Las legítimas se criti-

.../...

.../...

can por su falta de actualización en un contexto social y económico muy distinto a aquel que las contemplara en origen. Su fundamento basado en principios de solidaridad familiar se sostiene «difícil de mantener en un tiempo en que, como regla general, habiendo aumentado la esperanza de vida, los progenitores fallecen cuando sus hijos se encuentran en su mejor situación económica» (por todos, Anderson). Esta consideración, si no totalmente contraria, sí es revisora del sistema legitimario en cuanto no se trataría la legitima de una institución a la postre de orden público, latiría en el planteamiento que aquí se sigue en cuanto al principal fundamento de cualquier Derecho sucesorio que se precie.

Pero, siendo elemental, como aquí se viene considerando, no es la propiedad privada el primero de los fundamentos del Derecho sucesorio, en contra de lo que puede pensarse. Antes debemos hablar del **principio de seguridad jurídica**, de seguridad en las relaciones jurídicas. Ubicado como principio informador de todo el sistema jurídico a su vez en el artículo 9.3 de la Constitución, el de seguridad jurídica se encuentra vigente cualquiera que sea la clase de ordenamiento ante el que estemos –incluso, aquel que por claramente intervencionista niegue todo espacio a una libertad, a una voluntad dispositiva de los particulares antes de su muerte–, pues no puede llamarse ordenamiento aquel cuya normativa no propenda a tan básico principio. Hasta en los países colectivistas, la extrema e hipotética norma que dijera que los bienes de uso personal pasaran al Estado al fallecimiento de su titular –algo que de forma absoluta no se observa ni siquiera en los pocos que quedan–, cumpliría las veces de nuestro «civilizado» Derecho sucesorio.

En efecto, como dice Ruggiero en su clásica aproximación en la materia:

> «La exigencia sentida de que las relaciones jurídicas de una persona no se extingan con su muerte, sino que se transmitan a otros que subentran así en el lugar del difunto, halla cumplida satisfacción en la institución de la herencia. En todo otro campo que no sea el del Derecho puede ser cierto el dicho *mors omnia solvit*, pero en la esfera jurídica, exigencias no solamente morales y espirituales, sino sociales y políticas y, sobre todo, económicas, imponen que, para seguridad del crédito, para conservación e incremento de la riqueza, las relaciones de una persona sobrevivan a su muerte».

De modo que el Derecho hereditario, o sea el conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes del difunto a la persona que le sucede, hallaría su fundamento más básico

«en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiría perjudicialmente en la economía general».

Aun graduados entre sí en función de su atendida distinta relevancia, el principio de seguridad jurídica y el derecho a la propiedad privada constituirían, por tanto, las dos aristas fundamentales del Derecho sucesorio moderno. A través de uno y otro, pero de consuno, se protegerían los intereses de quienes se encontraran en relaciones jurídicas contraídas por el causante al tiempo de su fallecimiento y, muy especialmente, de aquellos frente a quien resultara obligado al momento –en los límites que veremos en la Unidad siguiente al tratar de la adquisición de la herencia y de sus efectos, se acepte por los herederos pura o simplemente o a beneficio de inventario–, y los de los familiares más próximos que dejara.

3. TIPOS BÁSICOS DE SUCESIÓN EN EL MARCO DE NUESTRO SISTEMA POSITIVO

La sucesión en general, o mejor, la sucesión a título universal (sucesión hereditaria, a título de heredero), se divide, por razón de su origen, en las categorías que resultan del siguiente cuadro:

<table>
<tr><td rowspan="4">Sucesión</td><td rowspan="2">Por declaración de voluntad (sucesión voluntaria)</td><td>Unilateral (sucesión testamentaria)</td></tr>
<tr><td>Bilateral (sucesión contractual)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Por ministerio de la ley (sucesión legal)</td><td>Necesaria (sucesión forzosa, legitimaria)</td></tr>
<tr><td>Supletoria (sucesión intestada, legítima)</td></tr>
</table>

Esta es la clasificación teórica y sistemática que puede hacerse de la sucesión hereditaria. Pero el Código Civil rechaza, cuando menos en tesis general, la sucesión contractual y formula una clasificación más simple en el artículo 658 del Código Civil, el cual dice así:

> «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley».

Precisiones

Por la sucesión contractual se prevé la transmisión de derechos y obligaciones para el caso de muerte de una o más de las partes que realizan un contrato al respecto; ya con carácter exclusivo en cuanto a lo sucesorio, ya como cláusula de un negocio jurídico más amplio. Es algo perfectamente admitido en el seno de las otrora legislaciones forales, hoy, por su desarrollo, Derechos civiles en estado puro, pero no en el Derecho común.

En efecto, en el Código Civil existe una acendrada a la sucesión contractual. Así lo determina la prohibición de contratar sobre la herencia futura, sin más excepción que la de practicar el testador en vida la partición de sus bienes (arts. 1.256 y 1.271), aunque también resulta condenatorio de esta posibilidad el transcrito artículo 658, que no cita sino el testamento (acto unilateral) y la ley (norma supletoria forzosa) para deferir la sucesión. Ratifica esa tendencia el artículo 991, que no admite aceptación ni repudiación válida de herencia hasta estar seguro de la muerte de la persona a quien se haya de suceder y del propio derecho a la herencia, y, concretado a los herederos forzosos, el artículo 816, cuando veda toda renuncia o transacción sobre la legítima futura.

Con todo, y por vía de excepción, la posibilidad contractual sucesoria se abre con la donación mortis causa. Es así que, por la donación, como contrato entre vivos, el donante puede mejorar a sus hijos u otros descendientes si declara de manera expresa su voluntad de mejorar (art. 825). Con mayor claridad se manifiesta que:

> «La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no surtirá efecto» (art. 826).

La mejora es irrevocable cuando se hace entre vivos, con entrega de bienes, y consta en capitulaciones matrimoniales o en contrato oneroso con un tercero (art. 827).

Asimismo, antes del matrimonio pueden los contrayentes donarse, solo para el caso de muerte, en capitulaciones bienes futuros, siempre en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada (art. 1.341); es decir, supeditando tal disposición así prevista a que se cumpla con las legítimas que se determinen y calculen en su momento, debiendo ser preciso reducirse aquella en la medida que resulte necesaria.

En presencia de este precepto, y de los demás del Código Civil, podemos considerar como clasificación legal de la sucesión la que aparece en el siguiente cuadro:

Sucesión testamentaria	Libre: cuando no hay herederos forzosos, legitimarios
	Limitada: cuando existen herederos forzosos
Sucesión legítima intestada o abintestato	Cuando no hay testamento válido o totalmente eficaz
Sucesión mixta	Cuando, habiendo testamento, no se dispone en él de todos los bienes, y en otros casos como veremos en la Unidad 10

4. EL OBJETO DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA: LA HERENCIA

Con respecto al concepto básico de herencia son dos las dimensiones actuales frente a las que nos podemos encontrar. En una primera, llamada subjetiva, se habla de herencia solo en relación con un conjunto de bienes en cuya titularidad se ha de suceder, con respecto a un título concreto que legitima –y modula en todo su régimen–, la sucesión. Desde esta perspectiva, la herencia se conecta con un sucesor universal en el patrimonio dejado por el causante, al cual necesita desde los propios fundamentos que hemos asignado al Derecho sucesorio.

Desde una dimensión mucho más correcta, la herencia debe limitarse a una noción puramente objetiva. Es a ella a la que se refiere el artículo 659 del Código Civil cuando establece que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte». La idea esencial en este sentido refiere, pues, al contenido de la herencia, como universalidad formada por el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de las que era titular el *de cuius*.

En su apreciación objetiva, serían componentes elementales, por tanto, cualesquiera derechos de naturaleza –o alcance– patrimonial que no hayan de extinguirse con la persona del causante, con el que hasta el fallecimiento de este fuera su titular. Pero, también, huyendo de una connotación neta de la herencia, las cargas hereditarias, a saber: las deudas dejadas igualmente por el causante, así como las deudas de la propia herencia (por ejemplo, los legados) y las que genere la administración, liquidación o partición de la misma.

Precisiones

Así las cosas, la herencia la componen elementos patrimoniales, casi siempre con superávit, pero cabe que el pasivo supere al activo, por las obligaciones y deudas pendientes. De no incurrir el heredero en inadvertencia o ser muy sorprendido, una renuncia total a la sucesión o la cautela de aceptar a beneficio de inventario pone a cubierto que el eventual aumento patrimonial que toda herencia configura a priori se convierta en el peor de los negocios.

Con respecto al apartado de exclusiones, no forman parte de la herencia aquellos derechos que, aun no siendo extinguibles y teniendo sustrato patrimonial, sigan un régimen especial en cuanto a su transmisión por causa de muerte, por más que la legislación sectorial pueda remitirse a la designación civil de sucesores, de herederos, para determinar quién ha de suceder en tal caso al fallecido titular; pero ello no es imprescindible, pues en tal sede bien puede determinarse particularmente quienes habrían de suceder en estos derechos excluidos. La sucesión especial –o extraordinaria, en cuanto difiere de la ordinaria, la común prevista en el Código Civil para la herencia, para el conjunto de los bienes dejados por el causante– en el derecho de arrendamiento es uno de los casos prototípicos, al igual que ocurre con el que surge a favor de los beneficiarios en su día designados del seguro de vida.

Precisiones

Particularmente, en cuanto a la que puede denominarse, por tanto, sucesión arrendaticia, en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, la relación se extingue por muerte del arrendatario, aunque se declare a salvo el derecho de sus sucesores legítimos. En tal caso, a falta de designación expresa efectuada por el testador, tendrá preferencia el que tenga la condición de joven agricultor, y si hubiera varios, será preferente el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger entre ellos, por mayoría, al que se subrogará en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido. Si se da esta última circunstancia, será necesaria la correspondiente notificación por escrito al arrendador, en el plazo de un año desde el fallecimiento [art. 24, letra e)].

Por lo que se refiere a los arrendamientos urbanos, el artículo 16 de Ley de 1994 en la materia prevé en caso de muerte del arrendatario que puedan subrogarse, más que en el derecho, en el contrato las siguientes personas:

.../...

.../...

a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.

b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.

d) Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento.

e) Los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior.

f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con este durante los dos años anteriores al fallecimiento.

De modo que, si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido. Pero, si existieran varias de esas personas interesadas, a falta de acuerdo unánime entre ellas, regirá el orden de prelación en que se han mencionado, a salvo de que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. Entre los descendientes y entre los ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado, y entre los hermanos, el de doble vínculo sobre el medio hermano. Los casos de igualdad se resolverán en favor de quien tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100; en defecto de esta situación, de quien tuviera mayores cargas familiares y, en última instancia, en favor del descendiente de menor edad, el ascendiente de mayor edad o el hermano más joven.

Pasando al seguro de vida, el artículo 84 de la Ley de 1980 sobre el Contrato de Seguro comienza disponiendo que «si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador». El artículo siguiente establece, por su parte, que «en caso de designación genérica de los hijos de una persona como beneficiarios, se entenderán como hijos todos sus descendientes con derecho a herencia. Si la designación se hace en favor de los herederos del tomador, del asegurado o de otra persona, se considerarán como tales los que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del

.../...

.../...

asegurado. Si la designación se hace en favor de los herederos sin mayor especificación, se considerarán como tales los del tomador del seguro que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado. La designación del cónyuge como beneficiario atribuirá tal condición igualmente al que lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado. Los beneficiarios que sean herederos conservarán dicha condición aunque renuncien a la herencia». Para el caso de pluralidad de beneficiarios, el artículo 86 expresa que «si la designación se hace en favor de varios beneficiarios, la prestación convenida se distribuirá, salvo estipulación en contrario, por partes iguales. Cuando se haga en favor de los herederos, la distribución tendrá lugar en proporción a la cuota hereditaria, salvo pacto en contrario. La parte no adquirida por un beneficiario acrecerá a los demás». En todo caso, el tomador del seguro podrá «revocar la designación del beneficiario en cualquier momento, mientras no haya renunciado expresamente y por escrito a tal facultad», termina de disponer –por lo que aquí nos interesa– el artículo 87 de la ley.

Precisiones

A la luz de ambos ejemplos, por tanto, puede concebirse la sucesión especial, anómala, irregular o extraordinaria como la que determina para ciertos bienes un régimen sucesorio totalmente excepcional; en cierto modo, cual si se tratara de un patrimonio específico con total independencia con respecto al común o general. Como otra importante manifestación, al lado de los supuestos mencionados, cabe citar también, tocando su desarrollo en la Unidad 10, el derecho de reversión, la llamada reversión sucesoria, que, por imperio de la ley, corresponde a los ascendientes sobre lo donado por ellos a los descendientes premuertos, cuando estos carecen de descendencia ulterior (art. 812 del CC). A ella se equipara la cláusula que el donante puede establecer para que revierta lo donado en el supuesto de premorir el donatario.

Como se ha expresado, la herencia es una noción patrimonial, afirmación que obliga a preguntarnos sobre la inclusión en ella de ciertos poderes extrapatrimoniales, con interés especial por el derecho moral de autor y las acciones de filiación que en determinadas hipótesis permite la ley ejercitar a los herederos del interesado. Pese a ello, recuerda con tino Albaladejo Gacía, en primer lugar, por lo que respecta al derecho moral de autor, que el autor bien puede conceder a quien le plazca el poder de defenderlo para

cuando muera en los aspectos en que le sobreviva (ex arts. 14 y 15 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). De la misma manera, puede admitirse:

> «Que confíe las acciones de filiación a un no heredero (si, por ejemplo, la heredera única es su mujer), como que excluya de ellas a alguno de sus herederos (por ejemplo, instituyó herederos a sus hijos y juntamente con ellos a un pariente más lejano al que excluye de la acción), como que la entregue en manos solo de algún heredero, con exclusión de los demás (como si las deja a lo que decida el único hermano que le hereda, y priva de ellas a los sobrinos que también le heredan juntamente con él), como que declare que la posible acción en cuestión no desea que puedan interponerla sus herederos».

Dicho todo ello, no debe extrañar que se haya evitado aquí entrar en el debate sobre la concreta naturaleza jurídica de la herencia, por su alto componente dogmático, aunque un planteamiento unitario de las distintas relaciones implicadas sea lo más conveniente. Eso sí, conviene tener desde este momento en claro que la herencia no coincide con el patrimonio que fuera en vida del causante. Son, según se ha dicho, conceptos diferenciados pues forman parte de la herencia relaciones jurídicas nuevas que se constituirán precisamente con motivo de la sucesión abierta, como son las deudas hereditarias y las que se vinculen con la administración de los bienes.

5. CLASES DE SUCESORES: HEREDERO VERSUS LEGATARIO

5.1. CRITERIOS BÁSICOS DE CLASIFICACIÓN

Por el título de atribución, por el concepto en que tiene lugar la delación o llamamiento, los sucesores pueden tenerse, en primer lugar, por testamentario o legal. No hay mayor especificidad en esta clasificación que aplicar, en su vis subjetiva entonces, las clases de sucesión que veíamos en el primer epígrafe de esta Unidad, no obviando, eso sí, entre los sucesores legales hablar de aquellos que conviven con los testamentarios y que el ordenamiento protege frente a una absoluta libertad de testar del causante, que a través de su reconocimiento legal como se dice no reconoce, y con base fundamental en el vínculo familiar o de parentesco.

En segundo lugar, **por el contenido, el alcance del llamamiento en relación con el conjunto de los bienes de la herencia**, cabe distinguir el sucesor a título universal o

heredero, del sucesor a título particular o legatario. Mientras que el heredero es tal por ser llamado, por ley o testamento, a todo o a una parte de la herencia de manera genérica o determinada, el legatario es llamado a bienes o derechos determinados, cambiando todo el régimen de la sucesión se trate de uno u otro, siendo el quid de la cuestión, de la distinción la responsabilidad que por las deudas, las cargas de la herencia recae sobre el heredero por su sola condición, y aunque pueda eximir a su propio patrimonio de tal responsabilidad si acepta a beneficio de inventario.

En tercer y último lugar, en la selección de criterios que aquí se pretende aportar, en función del número de sucesores, puede ser una sola persona (indefectiblemente heredero; la ley, a salvo de lo que digamos en su lugar, no se sirve de la institución de legatario para la derivación de la herencia) o varias (coherederos, distintos legatarios, etc.) las llamadas a la herencia. Si el llamamiento es plural, tal pluralidad puede ser simultánea (todos los herederos son llamados para que lo sean al mismo tiempo) o sucesiva (unos después de otros). El llamamiento sucesivo puede ser, a su vez, excluyente [de manera que si el primero sucede o hereda efectivamente, ya no lo podrán hacer los otros, como ocurre en la sustitución vulgar (véase Unidad 8), o puede verse también en el orden de herederos que establece el Código si falta testamento (véase Unidad 10)], o temporal [donde el primer sucesor será relevado por el siguiente, como sucede con las sustituciones hereditarias (véase Unidad 8)].

5.2. DETERMINACIÓN DEL TÍTULO, UNIVERSAL O PARTICULAR, DE LA SUCESIÓN

De los tres criterios, sin duda, el que distingue entre **heredero** y **legatario** como clases de sucesores es el más relevante en el esquema panorámico de nuestro Derecho sucesorio.

Del Código, como brevemente se ha introducido, resulta la identificación entre heredero y sucesor universal, por un lado, y legatario y sucesorio a título particular, de otro (art. 660). Efectivamente, el heredero es sucesor en la universalidad de relaciones jurídicas (herencia) del difunto o en una cuota de ese conjunto, siquiera esa universalidad haya de ser entendida en un sentido de relación o cualidad y no cuantitativo. El legatario, en cambio, es sucesor en bienes, derechos o valores patrimoniales determinados. Cabría decir, para aclarar el concepto, que en la herencia no hay más determinación que la que resulta de la relación entre la fracción (cuota o parte alícuota) y la universalidad de los bienes; mientras que en el legado la determinación es propia y directa, sin relación con la suma total de la herencia, aunque puede serlo con relación a un grupo de cosas concretas.

Como justa derivación de lo anterior, el heredero sucede en los derechos y en las obligaciones (art. 661), respondiendo de estas últimas ilimitadamente e incluso con sus propios bienes (art. 1.002) , mientras que el legatario solo sucede en la parte activa del patrimonio y no responde, por regla general, de las deudas y cargas de la herencia.

Es verdad que esta última diferencia tiene excepciones:

- Para el heredero, en el caso de la aceptación a beneficio de inventario.
- Para el legatario, cuando las obligaciones del causante se le imponen expresamente como cargas (arts. 797 y 858) y cuando toda la herencia se distribuye en legados (art. 891). Pero adviértase:
  - Que las prestaciones que se imponen al legatario (obligaciones o cargas establecidas por el testador o responsabilidades derivadas de los mismos bienes que se le adjudican) pueden considerarse como condición o accesión de su cualidad de dueño o adjudicatario de aquellos bienes o derechos de que es sucesor a título singular.
  - Que el caudal hereditario que se reparte en legados está en realidad limitado al líquido que resulta después de deducido el pasivo constituido por las deudas que afectan a la totalidad de los bienes y derechos inventariados.
  - Que, por lo demás, aun en esta hipótesis de distribuir toda la herencia en legados, nunca está el legatario obligado más allá de donde alcance el valor de su legado.

Así delimitados, en cuanto a su alcance y efectos, la institución de heredero y la de legatario, en los hechos no es ello suficiente. Interesa, además, diferenciarlos en cuanto a la forma de su determinación para saber cómo se apreciará en los casos concretos la naturaleza o título –universal o singular, de herencia o de legado– que revista una disposición testamentaria (testamentaria por aquello de que del legado, como ya se ha dicho, la ley no hace uso para la distribución intestada de la herencia).

Precisiones

No existen legatarios forzosos ni legales; su nombramiento o institución requiere testamento, aun cuando sea nulo en cuanto al heredero designado, por la desheredación sin expresar causa o con causa falsa (art. 851 del CC).

Existen a este respecto dos sistemas contrapuestos: el romano, de matiz subjetivo, que considera heredero a aquel sucesor a quien el testador designe como tal, independientemente, en principio, de que le instituya en toda la herencia, en una parte alícuota de ella o en una cosa cierta y determinada; y el llamado germánico o moderno, de signo objetivo, que conceptúa como heredero a quien sea llamado por el difunto a adquirir la totalidad o universalidad de las relaciones jurídicas objeto de la transmisión, o una parte alícuota del caudal, haya sido o no designado como heredero. Se trata, como vemos, de una cuestión de pura interpretación en cada caso, pero de enorme relevancia práctica por los efectos asignados a que la disposición, la institución de turno como heredero o legatario se califique en verdad de una u otra manera.

Consecuencia lógica del punto de vista subjetivo es que puede existir el legado de parte alícuota (o, lo que es igual, que el legatario de parte alícuota es simplemente un legatario) y que, por el contrario, la *institutio ex re certa* es, en principio, una verdadera institución de heredero. Dentro del punto de vista objetivo, hay que llegar lógicamente a la conclusión contraria de que no son admisibles la figura del legado parciario ni la del heredero *ex re certa*.

En nuestra doctrina las aguas están ciertamente divididas, aunque hay que reconocer que el criterio subjetivo ha tenido extraordinaria difusión en los últimos tiempos. Frente a él, los principales argumentos que se invocan en favor del sistema objetivo son los siguientes:

- El sistema de que se trata, que liga la cualidad de heredero a la asignación de la universalidad del patrimonio o de una cuota, es el aceptado por la generalidad de los Códigos Civiles que precedieron al español y, especialmente, el italiano de 1865, que en materia de sucesiones influyó considerablemente sobre el nuestro.
- Los civilistas españoles anteriores y contemporáneos del Código, lo mismo que la mayoría de los pandectistas y civilistas extranjeros del siglo XIX, hablan de la herencia como sucesión a título universal y dan a esta un sentido fijo, basado en el objeto del llamamiento o disposición, aunque entendido no cuantitativa, sino cualitativamente, atendiendo al modo y forma de la adquisición.
- En general, del texto del Código Civil se desprende el principio de que el heredero es aquel que, independientemente de la fórmula empleada por el testador, es llamado efectivamente como sucesor a título universal o, lo que es igual, en la universalidad del patrimonio o en una cuota abstracta

de esa totalidad. Así resulta, sobre todo, del transcrito artículo 660, que parece querer decir que el carácter de heredero se deriva del llamamiento a una universalidad de bienes, mientras que el legatario es el llamado a bienes singulares, y del 768, que rechaza la posibilidad de que la institución en cosa cierta valga como llamamiento a la herencia, no obstante la aparente voluntad del testador de designar como heredero al instituido en esta forma.

A su vez, como argumentos en favor del criterio subjetivo, se aducen, principalmente, los que siguen:

- Los precedentes históricos, representativos de la tradición castellana, que se supone consagraba el mismo criterio subjetivo del Derecho romano.
- La tendencia eminentemente voluntarista de nuestro Derecho de sucesiones histórico y actual, representada ahora en los artículos 675 y 668 del Código Civil, que imprimen a la intención del causante el rango de ley de la sucesión.
- La congruencia que guarda el sistema subjetivo de designación de heredero, de origen romano, con el régimen, también romano, de la responsabilidad ilimitada del heredero.
- Las ventajas prácticas que acompañan al criterio subjetivo, en contraste con los inconvenientes que presenta, en el orden práctico, el sistema objetivo.
- Sobre todo, el texto –que se estima a estos efectos determinante– del artículo 668 del Código Civil, párrafo segundo, a cuyo tenor «en la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia».
- En último término, la supuesta admisión en nuestro Derecho del legado de parte alícuota, aludido indirectamente en el artículo 655 del Código Civil, y que parece incompatible con el sistema objetivo, ya que, con arreglo a este, el legatario de parte alícuota sería heredero.

Precisamente, serían estos últimos algunos de los argumentos en que se basa la posición del Tribunal Supremo en la materia, que parecería inclinar la balanza, por tanto, en favor de por la tesis subjetiva, reconociendo tanto la posibilidad del legado de parte alícuota como del heredero *ex re certa*.

Precisiones

El **legado de parte alícuota** sería el consistente en una cuota o parte divisible de la herencia, como la mitad, el tercio, la cuarta parte, el quinto u otra. El Código Civil no lo menciona expresamente, aunque parece encontrar una cierta admisión en el artículo 655, relativo a la reducción de las donaciones, que pueden pedirla solo «aquellos que tengan derecho a la legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos y causahabientes»; aunque quizás sea igualmente concluyente el artículo 891, cuando prevé que la herencia pueda quedar totalmente distribuida en legados.

Sea como fuere, el legatario de parte alícuota tiene de heredero mucho más que de legatario, por la fluctuación de su haber según la importancia de la herencia, característica de los herederos; si bien pueden carecer del derecho de acrecer. Es así que, si el testador designa, por ejemplo, a tres legatarios sucesores exclusivos de su herencia y carece de sucesor forzoso, es muy difícil negarles la calidad de herederos, teniendo en cuenta que el propio legislador pone en guardia, al decir que «en la duda» de si la institución es a título de herencia o de legado, «aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la sucesión como hecha a título universal o de herencia» (art. 668 del CC). De no ser el caso, y siempre ante el silencio del Código, es conveniente citar aquí la clásica Sentencia de 11 de febrero de 1903 en la que el Supremo hubo de reconocer como legado este de parte alícuota. En el supuesto se le había planteado una cláusula testamentaria por la cual se legara al marido el tercio de todos los bienes, derechos y acciones, resultando que en la siguiente se hacía la institución de herederos, contexto del que surgía que aquella primera institución era, entonces, a título de legado.

En cuanto al **heredero en cosa cierta**, debe comenzarse advirtiendo con Albaladejo García, que si el testador quiso dejar solo un bien determinado al sucesor, este no recibirá su herencia en general, no siendo por tanto más que legatario, sucesor particular de lo que toma. Pero, dicho ello:

> «¿Es posible que el instituido en cosa cierta sea querido como heredero? Para que se considere como tal, solo caben dos posibilidades: una, que la ley haga caso omiso de que se le dejó únicamente el bien en que se le constituyó, y lo llame, a pesar de todo, a suceder en la generalidad de la herencia; otra, que lo mismo que se puede instituir sucesor en la generalidad de la herencia, y luego adjudicar un bien concreto, o varios, en pago de la parte de la herencia que le correspondería, que lo mismo que eso –dice nuestro autor– el causante quiera al sucesor como partícipe en la generalidad de su sucesión, cuya participación general en esta se satisface con el bien concreto o los bienes que le deja».

.../...

.../...

Tal sería la única posible institución de heredero *ex re certa*. El problema, pues, se hallaría en averiguar cuándo el causante habría querido, dejándole uno o varios bienes en concreto, que fuera heredero, debiendo estar al artículo 768 del Código Civil en cuanto por él se viene a presumir que el instituido en cosa cierta, mientras no se exprese o demuestre que la voluntad del causante fuera otra, será legatario. Pero, no haya dudas, todo ello no significa que exista un heredero en nuestro ordenamiento a título particular, por fuera del régimen que por tal condición de suyo le corresponde.

6. LA DINÁMICA DEL PROCESO SUCESORIO

6.1. LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

La sucesión, la transmisión hereditaria –con atención a que opera en favor de los herederos, única que como hemos visto se torna sustancial para que cumpla su función toda la normativa sucesoria– supone varios hechos o jalones, íntimamente relacionados, que pueden acaecer al mismo tiempo o en momentos sucesivos y a través de largos intervalos, a saber:

- La **apertura de la sucesión**, que se produce en el mismo momento de fallecer el causante «y por ello mismo» (art. 657 del CC).
- La **delación de la herencia**, que es el efectivo y concreto llamamiento de determinadas personas a recoger la herencia causada.

  Hay, fundamentalmente, en nuestro Derecho, tres modos o clases de delación, por cuanto el llamamiento o designación del sucesor o sucesores pueden provenir de la voluntad objetiva de la ley (sucesión legal), de la voluntad del causante manifestada en testamento y objetivada como última voluntad en el momento de su muerte (sucesión testamentaria) o, a la vez, en sus partes respectivas, por la disposición testamentaria y la de la ley. Así lo indica el ya transcrito en estas páginas capital artículo 658 del Código Civil.
- La **opción o decisión del heredero**, que si es favorable se traduce en la aceptación de la herencia. De la forma que acepte, se derivará un muy distinto régimen en cuanto a la responsabilidad con respecto a las deudas de la herencia.

- La **adquisición de la herencia**, que es la asunción por el sucesor de las titularidades del difunto, ya se refunden en el patrimonio de aquel, ya se mantengan separadas mientras se practican las operaciones particionales o la oportuna liquidación. En nuestro Derecho, como veremos, la adquisición de la herencia necesita de un acto –aun presunto– de aceptación, aunque extiende, por ministerio legal, sus efectos retroactivamente al mismo momento del fallecimiento del causante, sin mayor solución de continuidad.
- La **partición o liquidación del haber hereditario**. La partición procede cuando son varios los herederos llamados y aceptan dos o más. La liquidación, en puridad, cuando solo hay uno, consistiendo primero en el pago de las deudas y cargas hereditarias para así formalizar la adquisición no ya de la herencia sino de los bienes que resten tras el pago o reducción si al efecto procediera. La máxima en uno u otro es siempre la misma: «pagar antes que heredar».

Dejando para la Unidad siguiente los enjundiosos aspectos relativos a la aceptación y adjudicación final de los bienes hereditarios, haya partición o liquidación, en esta Unidad es imprescindible señalar sobre los dos primeros puntos que la sucesión queda abierta por la simple coyuntura del fallecimiento del causante (arts. 657, 661, 758, etc. del CC) y únicamente por este hecho, pues en el Derecho moderno no pueden anticiparla ni la incapacitación, ni la profesión religiosa, ni la condena penal, ni, en suma, la antigua muerte civil. Pero en algunas legislaciones, como la nuestra, se admite la apertura de la sucesión no solo en el caso de muerte probada, sino en el de muerte presunta y consiguiente declaración de fallecimiento (art. 196, párrafo 1.º), si bien la fecha de esta apertura hay que referirla a aquella en que se entienda ocurrida la muerte del causante y que la declaración judicial debe expresar (art. 195, párrafos 1.º y 2.º).

6.2. VOCACIÓN Y DELACIÓN HEREDITARIAS

Es la **delación** de la herencia el llamamiento efectivo hecho a la persona del sucesor para que, mediante la aceptación, pueda adquirir la herencia. Como expresaba el Digesto, se entiende deferida la herencia cuando puede ser conseguida por virtud de la aceptación.

Se usan a veces, como términos sinónimos, los de delación de la herencia y vocación hereditaria, y ello no es incorrecto mientras se tenga en cuenta el rigor técnico de

cada palabra en Derecho y no se haga, por tanto, con más intención que la simplificadora. Y es que la vocación supone sencillamente un llamamiento, de suyo genérico, a la herencia, mientras que la delación significa un llamamiento efectivo. Por eso, como dice la doctrina, «la delación no presupone solo la vocación de una determinada persona a la herencia, sino también su capacidad para suceder». La vocación se trataría de un *prius* lógico, anterior al momento del fallecimiento, por el cual estarían implicados todos los que por distintos motivos (testamentario, legitimario o intestado) estén llamados, genéricamente repito, a la herencia de una persona. En general, podría decirse que es todo pariente que estuviera en el elenco de llamados por orden intestado, y hasta el Estado que culmina, como veremos en la Unidad 10, el elenco con alcance residual; y cualquier otro, pariente o no, que estuviera llamado por voluntad de quien sería futuro causante –o lo hubiera estado en testamento anterior– a los bienes que viniera a dejar. Mientras que por esa genérica expectativa la vocación hereditaria no implicaría derecho alguno a favor del que por ella hubiera de resultar finalmente favorecido, la delación sería la concreción del llamado, cuya actualidad genera un verdadero derecho subjetivo cifrado en el *ius delationis* como de inmediato se tratará, que se reconoce por esa su condición, aunque con matices, transmisible.

Precisiones

En la vocación se ve el título o fundamento jurídico del llamamiento a la sucesión, en tanto que delación concreta la efectividad de esa posibilidad, pendiente ya tan solo de una declaración afirmativa de la voluntad del llamado (Betti).

Siendo tal su consideración se mostrarían presupuestos o requisitos de la delación hereditaria:

- Que la sucesión esté abierta.
- Que exista una designación o llamamiento para suceder, hecha en el título jurídico (testamento o ley), siendo indispensable que el llamado esté determinado o, cuando menos, sea determinable.
- Que el llamado sobreviva al difunto.
- Que el llamado a la sucesión tenga aptitud y capacidad.

6.3. EL DERECHO DE ADIR LA HERENCIA (IUS DELATIONIS)

El más característico de los efectos de la delación de la herencia –que en sí no es más que un hecho– es hacer surgir en el heredero el derecho de aceptar o repudiar la herencia (*ius delationis*).

Sobre la cuestión de si el derecho de aceptar o renunciar la herencia es o no transmisible a los herederos del heredero, cuando este muere antes de manifestar su voluntad aceptando o repudiando la herencia, en el Derecho moderno, a diferencia de lo que ocurría en un principio en el romano, suele aceptarse la transmisibilidad del *ius delationis* para el caso.

Nuestro Código Civil vendría a establecerlo, como regla general, en el artículo 1.006, cuando dice que «por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía». Mas, por excepción, no tiene lugar la transmisión del *ius delationis* en los casos de incapacidad del heredero o de renuncia por él a la herencia (art. 766 del CC), salvo en favor de los descendientes del incapaz o desheredado por la porción legitimaria (arts. 761 y 857 del CC). La cuestión se relaciona íntimamente, por ser uno de sus efectos, con la operatoria del derecho de representación, que se desarrollará en esta misma Unidad más adelante, en cuanto por lo que opera es una delación indirecta: los descendientes del llamado son los que «en su lugar» podrán aceptar, adir la herencia.

> **Precisiones**
>
> En su mentada especialidad, el *ius delationis* solo puede transmitirse mortis causa y, en cuanto a unos beneficiarios en concreto, quienes sean herederos del llamado, a su vez, y ello por virtud de la ley.

7. CAPACIDAD PARA SUCEDER

7.1. PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO CIVIL

La **capacidad para suceder**, en clásica expresión **capacidad testamentaria pasiva**, ha evolucionado atenuando el rigor con que fue regulada esta materia en las legislaciones antiguas.

En el Derecho histórico español, las Partidas, siguiendo las huellas del Derecho romano, incapacitaron a los deportados y condenados a trabajos perpetuos, y a los herejes, apóstatas y rebautizados; pero estas exclusiones fueron derogadas por las Leyes de Toro y por leyes modernas.

En el Derecho inmediatamente anterior al Código Civil existían como incapacidades absolutas la de las corporaciones ilícitas y, según los autores, la de los monasterios y conventos y religiosos profesos, y como incapacidades relativas la de los hijos naturales, espúreos, sacrílegos o de dañado y punible ayuntamiento, y la del confesor del testador en su última enfermedad.

Hoy en día, la tendencia del Derecho moderno, aceptada por el Código Civil, es admitir solo incapacidades relativas, reduciendo las absolutas a las que se derivan de la inexistencia de la persona, natural o jurídica, ante la ley civil.

En esta dirección, establece el Código un supuesto o presunción de capacidad (paralelo al que formula a propósito de la testamentifacción activa el art. 662) declarando en el artículo 744 que pueden suceder por testamento o abintestato los que no están incapacitados por la ley. Ello implica que so se requiere para ser sucesor mortis causa la capacidad de obrar o de ejercicio, aunque sí se exige dicha capacidad o que se supla su defecto por los medios legales para que se consuma la sucesión mediante la aceptación expresa o tácita del sucesor.

Precisiones

Debe, en este punto, anticipar la distinción entre la capacidad genérica para suceder y la capacidad para aceptar a título de heredero o legatario, que sí vincula cuestiones referentes a la capacidad de obrar y desde ahí ha de explicarse. Sobre la capacidad para aceptar –o repudiar, véase la Unidad siguiente–.

Asimismo, en el texto hemos empleado el romanismo «testamentifacción», conservado y aun resucitado con vigor, para calificar la facultad de testar que, como derecho, tenía el ciudadano de Roma. A los *iura commercii, honorum, suffragii* y *connubbi*, sumaba este otro del *ius testamentifactionis*. Se distinguía y se distingue entre testamentifacción activa, facultad para disponer de los propios derechos para después de la muerte, y testamentifacción pasiva, aptitud jurídica para suceder a otra persona en sus bienes y en sus derechos. Corresponden a la capacidad para testar y a la capacidad para suceder.

Gozan de capacidad para suceder, así, no solo las personas físicas o naturales sino también las jurídicas. Respecto de estas últimas, indica el Código que:

> «Las iglesias y cabildos eclesiásticos, las diputaciones provinciales y las provincias, los ayuntamientos y municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, las asociaciones autorizadas o reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas pueden adquirir por testamento, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38» (art. 746).

En cuanto a los establecimientos públicos, existe la especialidad de que la institución hecha a favor de los mismos bajo condición o imponiéndoles un gravamen, necesita para su eficacia la aprobación del Gobierno (art. 748, completado por art. 994).

Por supuesto, la determinación o calificación de la capacidad para suceder ha de ser hecha atendiendo al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate (art. 758, párrafo 1.º, congruente con los preceptos de los arts. 657, 666 y 766); pero se exceptúa el caso de la institución de heredero o el legado condicionales (cuando la condición sea suspensiva), en el cual es preciso que el sucesor tenga capacidad legal al tiempo de realizarse la condición impuesta (art. 758, párrafo 3.º).

7.2. INCAPACIDADES ABSOLUTAS

Se llaman así a las que privan de suceder en toda herencia o legado, cualquiera que sea la persona del causante. Quedan en la actualidad como únicas incapacidades absolutas las siguientes, fundadas en la falta de existencia y personalidad jurídica, según el artículo 745 del Código Civil:

- Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30.
- Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.

El precepto no establece la incapacidad sucesoria de determinadas personas físicas, las abortivas, y de ciertas personas jurídicas ilegales, sino que excluye de sucesión a tales entes por no ser personas. Desde tal perspectiva, en el Derecho español se requiere la existencia simultánea de causante y heredero para que este suceda a aquel. Esta exigencia tiene dos aspectos: uno que el heredero exista todavía cuando muera el causante, y otro más controvertido, la precisión de que exista ya.

La supervivencia al causante viene impuesta por los artículos 33, 190, 758 y por el 760 del Código Civil, presupuesto básico que obliga, sin embargo, a contemplar tres supuestos de raíz más que elemental:

- El del *concepturus*, el del ni siquiera concebido.
- El del *nasciturus*, el del concebido pero no nacido.
- Y, ya en distinto ámbito, el de las organizaciones que aún no hayan alcanzado la personalidad jurídica.

En relación con el *concepturus*, el Código no exige directamente que el causahabiente viva ya al morir el causante, pero si el nacimiento determina la personalidad (art. 29) y para calificar la capacidad del heredero o legatario se ha de atender al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate (art. 758), parece que al no tener el no concebido existencia alguna, menos todavía puede hablarse de su capacidad para suceder. Sin embargo, la opinión consolidada en doctrina y jurisprudencia entiende, pese a todo, que la institución de heredero o el llamamiento como legatario de esta «persona futura» sería válido, aunque quedando sometido a la condición suspensiva de que el no concebido llegara a existir. Por lo que, hasta que la efectiva sucesión pueda tener lugar en su virtud, la herencia habrá de quedar o bien sujeta a la administración de otro, o bien en manos de otro, no en concepto de administrador, sino como usufructuario, por ejemplo.

Uno de los más firmes argumentos en esta línea es la admisión por el Código de tal posibilidad al regular las sustituciones fideicomisarias (véase Unidad 9, epígrafe 10.4), en el que un heredero, llamado fiduciario, recibe la sucesión y la transfiere después a un segundo heredero, llamado fideicomisario, que no tenía que existir cuando el causante murió.

En conclusión, en el Derecho común el sucesor no hace falta que viva ni que esté concebido al abrirse la sucesión, si fuera el caso mencionado.

En cuanto al derecho de suceder del *nasciturus*, en virtud del artículo 29 del Código Civil es capaz de suceder siendo que, en cuanto nazca cumpliendo las condiciones legales (ex art. 30 del CC), consolidará su derecho a la herencia. Mientras no nazca y viva 24 horas enteramente desprendido de la madre, se produce una situación de pendencia que, si el concebido llega a ser persona, se resuelve a su favor como si lo hubiese sido desde que fue engendrado; en tanto que, de no llegar a serlo, se resuelve como si nunca hubiese sido concebido, por lo que su llamamiento a la sucesión resultaría ineficaz desde un principio por falta de sujeto que lo hubiese recibido.

Por ser así, cuando al morir el causante exista la certeza de la existencia de un concebido que tendrá derecho a sucederle, proceden ciertas precauciones tendentes tanto a proteger sus derechos como de los sucesores en defecto del mismo. Son las siguientes:

- Suspender la partición de la herencia, proveyendo entre tanto a su administración, hasta que nazca o se frustre el sucesor (art. 965 y ss. del CC).
- Adopción de medidas adecuadas para evitar fraudes en el nacimiento, en perjuicio de quienes heredarían en defecto del concebido.
- Dar alimentos a la embarazada, a costa de la parte de herencia que correspondería al concebido.

En tercer lugar, en lo que respecta a las **personas jurídicas en vías de formación**, la sucesión queda sometida al evento de que el ente alcance personalidad jurídica, momento en el que se producirá la sucesión. En efecto, la institución hereditaria a favor de un grupo bien diferenciado, carente de personalidad jurídica pero en trance de conseguirla, es válida y determina la reserva del caudal hasta la válida constitución del ente.

Particularmente interesante en este punto es el supuesto en el que se dota testamentariamente a una fundación que por el mismo testamento se crea, por lo que constituida por vía testamentaria, nace sin más al fallecer el testador, y por este puede serle atribuida una herencia o un legado.

Finalmente, para concluir con este epígrafe, algunos autores consideran también como incapacidad absoluta, dentro del Código, la de las **personas inciertas**, basándose en que el artículo 750, incluido dentro de la Sección referente a la capacidad para suceder, establece que «toda disposición en favor de persona incierta será nula, al menos que por algún evento pueda resultar cierta». Pero en realidad la incertidumbre es cosa distinta de la incapacidad, aunque una y otra produzcan en cierto modo el mismo resultado. Por otra parte el Código admite excepciones al principio de nulidad de los llamamientos de persona incierta, en algunos casos en que la ley misma hace la determinación de la persona o personas designadas indeterminadamente por el testador. Tal sucede en los de instituciones en favor del alma (art. 747), de los pobres en general (art. 749) o de los parientes del testador (art. 751).

Precisiones

En general, sobre estas instituciones hereditarias de orden genérico, véase el epígrafe 8 de la Unidad 8.

8. PROHIBICIONES PARA SUCEDER

También llamadas incapacidades relativas, las prohibiciones para suceder son aquellas que solo privan de la aptitud para suceder con relación a ciertas personas y en determinadas circunstancias; a saber, siendo genéricamente apta para suceder, siendo válido su llamamiento en cualquier otro caso, la persona en cuestión no puede suceder –siquiera como legatario– respecto de una concreta herencia. De las dos, por tanto, la denominación más apropiada sería la de «prohibiciones de suceder», puesto que en su virtud no hay restricción alguna de capacidad propiamente dicha, sino tan solo exclusión del derecho a suceder una determinada persona a otra persona también determinada, por razones extrínsecas a la persona en sí (Hernández Gil).

En el Código Civil se registran las siguientes aplicables, aunque solo a la sucesión testamentaria, y es que a su través se trata de evitar la captación de la voluntad del testador, la violación del deber de independencia, de neutralidad de quienes participen en el otorgamiento en el acto formal del testamento o, finalmente, que hereden lo que, por tal concepto, algunos de los llamados a ejercer un cargo por el mismo testamento se nieguen a su desempeño:

- El sacerdote que hubiere confesado al testador durante su última enfermedad; los parientes de aquel dentro del cuarto grado, y su iglesia, cabildo, comunidad o instituto (art. 752 del CC).

  Esta prohibición, informada de pleno sentido común, tiene por objeto evitar toda sospecha de influjos o sugestiones sobre el ánimo del testador. Su aplicación requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias:

  – Que el testamento resultare otorgado durante su última enfermedad, pues, si es anterior, falta la razón de la incapacidad.

  – Que el testador muera de aquella enfermedad en que tuvo lugar la confesión, aunque medie tiempo desde la confesión hasta la muerte, y que esta sea causada por un accidente que se ignore si procede o no de dicha enfermedad.

  – Que se trate de una disposición establecida en provecho del sacerdote o sus parientes o su iglesia.

- El tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador, respecto del testamento otorgado antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de su aprobación (art. 753 del CC).

Tiene el mismo fundamento que la anterior e igual que la anterior de interpretación restrictiva, como toda disposición prohibitiva.

- El Notario autorizante del testamento, y el cónyuge, parientes o afines del mismo, dentro del cuarto grado, excepción hecha de los casos del legado de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia, con relación al caudal hereditario (art. 754, párrafo 1.°, del CC).

  Discute la doctrina si la incapacidad se extiende a los testamentos cerrados y abiertos, o solo a estos últimos. Unos entienden que la prohibición es general, ya que la ley no distingue cuándo podía haber hecho esa salvedad al igual que sucede en el artículo 754 para los testigos. Otros consideran inaplicable la prohibición al testamento cerrado, por tratarse de un testamento hecho anticipadamente no siendo posible por tanto la presunción de sugestiones.

- Los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario, y los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales (art. 754, párrafos 2.º y 3.º, del CC).
- El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de la delación perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador (art. 257 del CC).
- El albacea que no acepte el cargo o lo renuncie sin justa causa perderá lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviese a la legítima (art. 900 del CC).

En cuanto a los efectos de las prohibiciones de suceder, cabe señalar los siguientes:

- Antes que nada producen, como no puede ser de otro modo, la nulidad de la disposición, sea a título de heredero o legado, ordenada a favor de incapaz, quedando subsistente lo demás que contenga el mismo testamento. El artículo 755 del Código Civil dice, en tal sentido, que «será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta». La acción para pedir la declaración de incapacidad prescribe a los cinco años, contados desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado (art. 762).

  La acción podrá ser ejercitada por los llamados en defecto del incapaz, y los acreedores en el caso del artículo 1.111 del Código Civil, y corresponde igualmente frente al tercero que, según se demuestre, se haya interpuesto para evitar la sanción.

- Como consecuencia de la declaración de nulidad, el incapaz tendrá obligación de restituir los bienes hereditarios cuya posesión hubiere tenido, con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que hubiere percibido (art. 760), con lo que el Código vendría a considerarlo como poseedor de mala fe.
- Si el excluido de la herencia por cualquiera de los motivos referidos fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la legítima; pero el excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos (art. 761 del CC). En los demás casos, la herencia seguirá el curso que por Derecho corresponda pasando al sustituto, si lo hubiere, o a los herederos con derecho de acrecer, o dando lugar en último término a la apertura de la sucesión abintestato.

9. LA INDIGNIDAD SUCESORIA

9.1. CONCEPTO

En el Derecho romano clásico se establecieron diversas causas en virtud de las cuales la ley privaba de obtener y conservar las ventajas de la herencia y del legado a aquellas personas que, no obstante ser capaces de suceder, podían reputarse de reprobable conducta, especialmente en sus relaciones con el difunto. Así nació la institución de la indignidad para suceder, que ha pasado a los Códigos modernos.

La indignidad puede ser definida como:

> «La tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprensibles, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció, a menos que este lo rehabilite» (Albaladejo García).

Supone, pues, una mala acción u omisión –pasividad– grave que imposibilita o impide a quien en ella incurre para heredar al ofendido.

La indignidad para suceder debe diferenciarse además de la desheredación, coincidente con ella en privar al heredero de la herencia. En la Unidad 9 cuenta el alumno con una completa tabla de motivos para su distinción. En esta Unidad, toca simplemente

advertir que la desheredación solo puede proclamarla el testador, documental, formalmente, y no comprende sino a los herederos forzosos (o legitimarios). Por el contrario, la indignidad la establece la ley y alcanza no solo a los herederos forzosos y a los testamentarios, sino a los que lo fueren abintestato, concepto más extenso que el de legitimarios, por tanto. En todo caso, «si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la legítima», como bien dispone el artículo 761 del Código Civil.

9.2. NATURALEZA

Doctrinalmente se discute si la indignidad es una forma de incapacidad relativa o una institución distinta que supone exclusión de la herencia.

El Código Civil parece aceptar la primera posición, pues habla en el artículo 756 de «incapaces de suceder por causas de indignidad». No obstante, conviene señalar la diferencia entre incapacidad en sentido estricto y la indignidad; en este sentido, se mantiene, la incapacidad viene a establecerse por razones generales independientes del mérito de la persona, mientras que la indignidad se pronuncia a título de pena, por razón de faltas graves cometidas por el causante de la herencia o su memoria. Como en esta línea se sostiene, la incapacidad del indigno dimana de que, aun gozando de personalidad al tiempo de morir el causante, es inepto para recibir titularidades del *de cuius* por vía hereditaria. La indignidad implica un veto que el Derecho impone y que impide la aceptación y adquisición de la herencia por la persona frente a la que se alza dicho veto, con lo que se excluiría, por tanto, la delación. Tal veto tiene carácter punitivo y dimana de la conducta gravemente reprochable observada por el indigno respecto del causante. Solo el perdón otorgado por el causante, mediante la rehabilitación, puede restituir al culpable la aptitud para suceder al ofendido.

9.3. FUNDAMENTO

Se pueden distinguir dos posiciones doctrinales en torno a esta cuestión. La primera visión o subjetiva encuentra la razón de ser de la indignidad sucesoria en la suposición de que si el *de cuius* hubiera previsto el hecho del indigno, lo habría excluido él mismo de la herencia. La posición objetiva, por su parte, ubica su fundamento en razones de moralidad, que obligan al legislador a privar de la herencia a aquellas personas que por un hecho contrastado y de suficiente calado no se hacen merecedoras de suceder, según la común apreciación social.

Entre quienes la defienden, Barassi estima preferible la fundamentación objetiva, pues el concepto de una voluntad presunta puede ser incierto y arbitrario. La prueba es que la indignidad puede producir sus efectos, aun contra la voluntad del causante, en la hipótesis de que este haya perdonado la causa de indignidad de forma distinta a la legal.

Expuesto ello, debe tenerse en cuenta que la indignidad es aplicable tanto a la sucesión testamentaria como a la legítima, teniendo todas sus causas carácter relativo, inhabilitando nada más para adquirir por sucesión los bienes o derechos de la persona contra quien se cometan los actos ofensivos; la indignidad es, pues, una institución signada por su relatividad.

Precisiones

Al excluir en principio la ley de suceder por indignidad, se está articulando una institución similar, pero aquí en cuanto a la transmisión de los bienes, a la ingratitud que permite revocar las donaciones (art. 648 y ss. del CC). En uno y otro caso, por lógica jurídica, se resuelve que no quiere o no merece lo ajeno quien agravia u ofende a su titular.

9.4. CAUSAS

El Código Civil, fundamentalmente en el artículo 756, incorpora una serie de causas de indignidad, con carácter de *numerus clausus* y, por su función, de consecuente interpretación restrictiva, que pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- Por razones de moralidad. Artículo 756.1.º: «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

  El padre o la madre cometen este atentado físico o moral contra su propio hijo, independientemente de que la relación paterno-filial sea matrimonial, extramatrimonial o adoptiva. La reparación del hecho no incide en el mantenimiento de la causa citada, por tanto, aunque recoja al hijo abandonado o impida que su hijo continúe en prostitución o corrupción, la causa de indignidad se mantiene.

- Por razón de la comisión de un delito contra el causante o sus parientes:

– Artículo 756.2.º: «el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes».

La condena en juicio supone la existencia de una sentencia condenatoria firme dictada en proceso penal, se haya cumplido o no la sentencia por el condenado indigno.

El atentado contra la vida comprende cualquier delito contra la vida (homicidio, asesinato) u otro delito en el que se produzca la muerte, sin que tenga incidencia, en cuanto a la existencia de la causa de indignidad, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, el grado de participación (autor o cómplice) o de consumación (consumado o intentado). La expresión *atentar* presupone la existencia de dolo, por tanto no se incluye en esta causa la imprudencia.

– Artículo 756.3.º: «el que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa».

Al igual que la anterior, esta causa precisa para su concurrencia sentencia firme condenatoria dictada en la presente causa penal, por delito de calumnia por acusación realizada por el indigno de cualquier delito con pena no inferior a presidio o prisión mayor, realizada formalmente mediante denuncia o querella. La distinción entre presidio y prisión ha desaparecido del presente Código Penal e igualmente la pena de prisión mayor.

Respecto del falso testimonio, se ha planteado la doctrina si constituye un caso de acusación calumniosa a los efectos del precepto, inclinándose la doctrina mayoritaria, entre otros Albaladejo García, por una respuesta negativa dado el carácter restrictivo que en tema de incapacidad debe tener la interpretación de la norma, así como la circunstancia de que hay otras conductas repugnantes y equivalentes a esta u otras causas de indignidad, que sin embargo no es posible englobar dentro de ellas desde el punto de vista del Derecho positivo, aunque moralmente lo merezcan.

– Artículo 756.4.º: «el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar».

Se aplica solo al heredero mayor de edad, por lo que queda excluido el menor emancipado, aunque la palabra heredero debe interpretarse en el sentido de comprender también al legatario. La palabra **testador** comprende todo causante.

La expresión *ser sabedor* significa tener conocimiento suficientemente seguro, no meras sospechas o suposiciones imprecisas o inseguras. Muerte violenta es entendida por la doctrina como toda muerte no natural, provocada por una persona, a la que le es imputable penalmente. La denuncia puede hacerse directamente ante cualquier Juzgado o a los órganos adecuados de la policía judicial para recibir una denuncia. El mes de plazo para interponer la denuncia empezará a contar desde que el indigno conozca el hecho de la muerte violenta del causante. No se producirá esta causa de indignidad, si el Juzgado actúa de oficio o por denuncia de otra persona o por atestado policial, aunque el heredero no haya denunciado, ni tampoco en los casos en que no está obligado a acusar.

- Por razón de ser atentatorios a la libertad de testar:

  – Artículo 756.5.º: «el que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo».

  – Artículo 756.6.º: «el que por iguales medios (amenaza, fraude o violencia) impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior».

  Ambos supuestos constituyen actos contrarios a la libertad de testar del causante salvo el inciso final del número 6.º, que constituye un caso de falsedad por suplantación, ocultación o alteración.

  Los actos contrarios a la libertad de testar, se prevé que se realicen mediante amenaza, fraude o violencia, que coinciden en lo sustancial con los que enumera el artículo 673 para declarar nulo el testamento: violencia, dolo o fraude. La violencia o el fraude son causas de nulidad y de indignidad. La doctrina considera que el fraude comprende el dolo y que violencia y amenaza son lo mismo.

  La causa de indignidad se produce por el empleo del fraude, la amenaza o la violencia, aunque el indigno no consiga su propósito de que el causante modifique o revoque el testamento.

- Por falta de atenciones debidas al causante con discapacidad. Se entienden por tales la obligación de prestar alimentos, aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos. Así lo determina el apartado 7.º del artículo 756, añadido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al establecer:

> «Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil».

- Caso especial de testamento cerrado. Debe agregarse a la lista del artículo 756, asimismo, el supuesto del artículo 713 del Código Civil por el cual:

> «El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado... y el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito, y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo».

  Es un caso de mala fe que evita la sucesión testamentaria contenida en testamento cerrado.

  Albaladejo García estima que el precepto es aplicable al caso del testamento ológrafo.

- Finalmente, la doctrina (Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida) estima el supuesto previsto en el artículo 111 del Código Civil, según el cual el progenitor respecto de sus hijos o descendientes quedará excluido de la sucesión, cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme, o bien cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición; se trataría de un caso de exclusión de la herencia legal del hijo o descendiente por causa de indignidad, que debe interpretarse restrictivamente, no alcanzando, pues, a la sucesión voluntaria.

9.5. MOMENTO EN QUE HA DE DARSE

El artículo 758 del Código Civil dispone lo siguiente:

«Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.º y 3.º del artículo 756 se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el número 4.º a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución o legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición».

El precepto hay que entenderlo en el sentido de que en tal momento el indigno haya ejecutado ya la conducta prevista como causa de indignidad, pero con la salvedad de que, como en algunos supuestos puede ser imposible, establece criterios especiales para los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 756 del Código Civil.

El momento para la causa de indignidad del artículo 713 del Código Civil no resulta contemplado, aunque será el momento en que se dé la conducta descrita para el testamento cerrado, aun después de la muerte del causante, siempre con el límite de cinco años fijado por el artículo 762 del Código Civil para el ejercicio de la acción.

9.6. EFECTOS

La indignidad **inhabilita al indigno para suceder**; el indigno como persona hábil para suceder, no recibe la delación hereditaria, no sucede al causante. Esta posición goza de arraigado asidero doctrinal y jurisprudencial, al amparo fundamental de los artículos 713 y 760 del Código Civil. Lacruz Berdejo por el contrario dice que los efectos de la indignidad no afectan a la delación; el indigno sucede al causante, pero su sucesión es impugnable por razón de indignidad.

Si el indigno, pese a serlo, ejercita el *ius delationis*, acepta la herencia o adquiere el legado y hace suyos la herencia o el legado, o bien la causa de indignidad consta después de su adquisición de la herencia o el legado, o según el Código el indigno hubiere entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con las accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido (art. 760 del CC).

Debe tenerse claro que los efectos de la indignidad tienen lugar por haber incurrido en la causa de la misma sin que sea preciso una sentencia que declare expresamente la indignidad. Si el indigno niega la causa u ocupa los bienes, será necesario acudir a la vía judicial para que por sentencia judicial se declare la indignidad discutida; sentencia declarativa que declarará que el sucesor es indigno porque cometió el hecho determinante de

la indignidad. La acción deberá ejercitarse en el plazo de cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado de acuerdo con el artículo 762 del Código Civil.

La indignidad que comprende de suyo cualquier atribución en favor del indigno sea a título universal (como heredero) o particular (como legatario), alcanza a la sucesión testada, intestada y hasta legítima, legítima que no recibirá el indigno legitimario, aunque si es hijo o descendiente del causante se dará, respecto de la misma, el derecho de representación a favor de los hijos o descendientes del indigno como dispone el artículo 761 del Código Civil.

9.7. REHABILITACIÓN DEL INDIGNO

La indignidad en cuanto sanción civil puede ser evitada mediante la **rehabilitación del indigno**, que supone el levantamiento del castigo por parte del causante, en aras al principio de la soberanía de la voluntad del causante, básico en la sucesión mortis causa. La rehabilitación puede ser expresa o tácita, y se ha de entender –aunque en esto no hay unanimidad– irrevocable (por considerarse que ciertamente repugnaría a la moral el arrepentimiento en el brindado perdón de la ofensa).

Cuando el causante instituye heredero o legatario conociendo la causa de indignidad que concurre en el mismo, hay que entender que no quiere que tal causa se tome en cuenta, y por eso la ley establece que no lo sea, dando por borrada la indignidad procedente de ella. Así, el artículo 757 del Código Civil dispone que «las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento»; en tal caso nos encontraremos ante una rehabilitación tácita.

El inciso segundo del artículo citado anteriormente establece que «... o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público»; es la rehabilitación expresa que se debe hacer en documento público o, también, en testamento, sea este hecho en documento público (testamento abierto o cerrado) o privado (comunes, extraordinarios o especiales o el ológrafo) que, al protocolizarse posteriormente deviene público.

La doctrina no entiende como rehabilitación el perdón moral o la reconciliación humana que puede darse entre indigno y causante que a efectos legales es irrelevante, además de poder ser en muchos casos normalmente indemostrable.

El efecto de la rehabilitación es, pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 757, que la indignidad deja de surtir efectos, pudiendo suceder con normalidad el «indigno» al causante.

10. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

10.1. CONCEPTO

Con arreglo al artículo 924 del Código Civil, «llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar».

EJEMPLO 1

Si fallece «B» antes que su padre «A», a quien, al tiempo de su propio fallecimiento, le sobreviven sus otros dos hijos «C» y «D», pero también los hijos de «B», a su herencia intestada o la parte legitimaria de ella en caso de haber testamento, la ley conviene en llamar a partes iguales a «C», «D», y a todos los hijos de «B» en justa representación de su padre.

La definición legal se critica –en la síntesis ofrecida por Díez-Picazo y Gullón Ballesteros– porque, en primer lugar, no son los parientes de una persona los que suceden por derecho de representación, sino mucho más concretamente, dentro de ellos, solo los descendientes del premuerto. En segundo lugar, porque el representante no ejerce ningún derecho por el representado que nada ha podido adquirir por haber premuerto o por su incapacidad para aceptar. Y en tercer lugar, porque el Código dice que los representantes suceden al representado, siendo así que a quien suceden es al causante de la sucesión siendo frente a él, al momento del fallecimiento de este, que han de tener los requisitos de capacidad sucesoria. Por eso dice el artículo 928 del Código Civil que no se pierde el derecho de representar a una persona por el hecho de haber renunciado a su herencia.

La mejor llamada, entonces, representación hereditaria supone al menos tres personas, unidas entre sí por vínculos de parentesco: causante, representado y representante. Esto lo garantiza el Código, a través de las líneas y grados de parentescos, como es lógico, estableciendo los siguientes criterios:

- En la línea recta ascendente no se reconoce nunca el derecho de representación; así lo establece claramente el artículo 925 del Código Civil, en su párrafo 1.º.

- En la línea descendente, en cambio, se admite en todo caso y sin limitación de grado el derecho de representación: así resulta del artículo 925, párrafo primero, antes citado, y así se deduce también del artículo 933 del Código Civil.
- En la línea colateral se prevé aunque de una manera restringida, pues solo se concede a los hijos de hermanos o de medio hermanos, bien lo sean de doble vínculo o de un solo lado. Así lo establece el artículo 925 del Código Civil, párrafo segundo, lo que se completa con lo que dispone el artículo 927, según el cual:

> «Quedando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a este por representación si concurren con sus tíos. Pero si concurren solos, heredarán por partes iguales».

Asimismo, debemos tener clara la distinción del derecho que aquí se define y la transmisión del derecho de aceptar o no la herencia, a saber, el *ius delationis* (art. 1.006 del CC). Y es que en el caso del derecho de representación no es que haya fallecido la persona que genera la transmisión antes de haber podido aceptar, sino que la persona es incapaz para suceder.

Precisiones

Tal como ya señalara Escriche, conviene no confundir la representación con la transmisión *stricto sensu* hereditaria. La transmisión se verifica cuando una persona, al morir, pasa a sus herederos los derechos que ya han descansado –digámoslo así– sobre su cabeza aunque no sea más que un momento, sin haber hecho por otra parte ningún acto de heredero con respecto a ellos. La representación se verifica cuando los descendientes de una persona muerta vienen a tomar en una sucesión los derechos que esta persona no ha tenido jamás; pero que hubiera tenido, si no hubiese fallecido antes que la persona a quien hereda. La representación tiene lugar hasta el infinito en la línea recta descendente, mientras que esta no tiene lugar a favor de los ascendientes. El representante tiene su llamamiento a la sucesión exclusivamente en la ley, y no del representado; y para que tenga lugar la representación es necesario que el representante mismo sea hábil para suceder a aquel de cuya sucesión se trata. Cabe representar a una persona cuya sucesión se ha renunciado.

10.2. CASOS EN QUE PROCEDE

Introducido como antecede, para que se pueda dar el derecho de representación es preciso que la persona «intermedia» haya dejado de adquirir el derecho a la herencia, o la herencia misma por razones independientes de su voluntad. Así deriva del artículo 929 del Código Civil, al disponer que «no podrá representarse a una persona viva, sino en los casos de desheredación e incapacidad». De todos modos, a la muerte hay que equiparar la declaración de fallecimiento, si bien con las limitaciones contenidas en los artículos 190 y 191 del Código Civil. Por otra parte, cuando el Código habla aquí de «incapacidad», se entiende que no se trata de la incapacidad relativa, solo propia de la sucesión testamentaria, ni de la absoluta, que equivale a inexistencia, sino únicamente de indignidad.

En cambio, no se da la representación en el caso de repudiación o renuncia, como lo demuestra el artículo 923 del Código Civil, al declarar que:

> «Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o si fuesen varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante».

10.3. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN

Cuando se sucede por derecho de representación, la herencia se distribuye no por cabezas sino por estirpes, o sea, por grupos o series de parientes, cada uno de los cuales percibe en conjunto la porción que hubiese correspondido a su causante si hubiese vivido y podido heredar. «Siempre –dice el Código– que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado si viviera» (art. 926). Una comprobación de este criterio se encuentra en el artículo 1.038 del Código Civil, establecido a propósito de la colación de los nietos en la herencia del abuelo en representación de su padre.

10.4. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA Y FORZOSA

Por excelencia, como ya acredita la ubicación de su normativa en el Código, el derecho de representación está llamado a operar en la sucesión intestada. La doctrina lo

excluye en la testada dado al origen voluntario de esta y su carácter personalísimo, aunque se sostenga la posibilidad de su aplicación común de ser o demostrarse tal la voluntad del testador.

En la sucesión forzosa, sin embargo lo reconoce el Código atribuyendo, en su virtud, la condición de legitimarios a los hijos del legitimario premuerto (art. 814, párrafo 3.º), desheredado (art. 857) o indigno (art. 761), interpretación, por tanto, de la que surgiría que su título para suceder sería propio, no por operar a su favor el derecho de representación; pero, entiéndase bien, solo sobre la porción legítima que a aquel le hubiera correspondido, discutiéndose de ser el caso en la doctrina si debe o no comprenderse en ella, y a tales efectos, al tercio de mejora, aunque la opinión parece mayoritariamente favorable por no discriminar ninguno de tales preceptos al respecto y gozar la mejora, como veremos en la Unidad 9, de la propia naturaleza legitimaria.

Precisiones

Fuera del caso, no habría derecho de representación por ministerio legal.

> «Luego, falta el que la ley establece para la sucesión intestada a favor de los hijos de hermanos del difunto. Lo que da lugar a resultados injustos con toda probabilidad».

Piénsese en el caso, por ejemplo, en que:

> «Una persona sin descendientes ni ascendientes teste, nombrando herederos a sus hermanos, y de que no sucediendo uno de estos, como sus hijos, sobrinos del testador, no le representan, su parte la acrecen los hermanos que sí heredan, con perjuicio de los hijos del hermano no sucesor (generalmente por haber premuerto el causante), y sin que tal sea la voluntad verdadera del tío, que solamente ha muerto bajo tal disposición por olvido (de advertir que si uno de sus hermanos no le hereda, quiere que su parte la tomen sus hijos), por ignorancia (pues no sabe que a falta de su hermano no heredan sus hijos) o por dejadez (cuando murió su hermano se propuso modificar el testamento a favor de sus hijos, pero le sorprendió la muerte sin haberlo hecho» (Albaladejo García).

11. EL DERECHO DE ACRECER

11.1. CONCEPTO

El derecho de acrecer –más antiguamente, de acrecencia o acrecimiento– es el que tiene el llamado a la parte alícuota de una herencia, o aquel a quien se ha legado parte de una cosa o de un conjunto de cosas, de recibir también la cuota que no se le atribuya en la misma herencia o en la misma cosa, si tal cosa no tiene un titular que pueda o quiera recibirla (si está o queda vacante), con preferencia a los sucesores abintestato (Lacruz Berdejo).

EJEMPLO 2

Si en su testamento «A», viuda sin hijos, designa herederos universales de sus bienes a sus sobrinos «B», «C» y «D», sin mayores concreciones, la falta de aceptación de cualquiera de ellos beneficiará a los otros dos quienes verán, por tanto, incrementada su cuota de un tercio a un medio de la herencia.

Como veremos, el derecho de acrecer no solo se manifiesta respecto de la herencia, o mejor dicho, en favor de quienes a ella sean llamados a título universal, sino también en relación con los legados cuando se disponen, obviamente, en favor de varias personas (art. 987 del CC); y dentro de la herencia es de aplicación, tanto en la herencia testamentaria, como en la intestada. Incluso fuera de la sucesión mortis causa, se refiere el Código al derecho de acrecer. Así, por ejemplo, en el caso del usufructo constituido en provecho de varias personas, (art. 521) o también de donaciones conjuntas en favor de ambos cónyuges (art. 637, párrafo 2.º).

11.2. PRESUPUESTOS

El artículo 982 del Código Civil dice que para que en la sucesión testamentaria se produzca el derecho de acrecer se requerirá:

- Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción o parte alícuota de la misma, sin especial designación de partes: se precisa,

pues, un llamamiento solidario sin mayor concreción entre los beneficiarios respecto del objeto, derecho o parte dejada.

- Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia, o sea incapaz de recibirla: la porción vacante por premoriencia, renuncia o indignidad de alguno de los llamados será el segundo de sus requisitos.

En la interpretación de tales requisitos el primero es el que más debate ha suscitado en la interpretación de doctrina y Tribunales. El llamamiento conjunto ha de serlo «sin especial designación de parte», por lo que el problema consiste en saber cuándo existe especial designación de parte. A resolver esta cuestión dedica el Código el artículo 983, según el cual «se entenderá hecha designación de partes solo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota por cada heredero».

De no darse el derecho de acrecer por no concurrir los requisitos citados –o, dándose, por haberla excluido el causante en su testamento–, la porción vacante la adquirirá el sustituto vulgar o en su defecto los herederos abintestato, según el artículo 986 del Código Civil.

EJEMPLO 3

Alventosa del Río nos propone el siguiente supuesto práctico:

Antonio, soltero, careciendo de ascendientes y descendientes, y teniendo un hermano vivo, Juan, también soltero, designa en testamento notarial herederos a sus sobrinos Salvador, Tomás, Benito y Carlos, hijos de otro hermano suyo, Andrés, ya fallecido, estableciendo que el primero de ellos –Salvador– «reciba doble porción que los otros tres».

En tales circunstancias fallece el testador, habiéndole premuerto su sobrino Carlos, y ascendiendo el patrimonio hereditario –más allá ahora, y para lo que aquí nos interesa, de las operaciones necesarias para llegar a tal cantidad– a 12 millones de euros.

Así las cosas, ¿procederá el derecho de acrecer en el caso?

Para la respuesta a la pregunta, la autora expone las tres tesis habidas en cuanto al requisito del llamamiento conjunto de dos o más personas a una misma herencia o a una misma porción o parte alícuota de ella, sin especial designación de partes.

- En primer lugar, algún autor (De Buen), siguiendo una interpretación literal del artículo 983 del Código Civil, sostendría que el derecho de acrecer quedaría excluido

.../...

.../...

siempre que se emplease cualquiera expresión que fijare partes alícuotas numéricas o cuerpos de bienes separados.

- Frente a la visión anterior, se objeta que su mantenimiento llevaría al absurdo de que la mención innecesaria de una cuota numérica igual para todos los llamados conduciría a eliminar una conjunción realmente querida por el testador y, además, a una contradicción interna en el artículo 983, párrafo 2.°, pues expresiones tan comunes en los testamentos como «por mitad» o «por partes iguales» no solo designarían parte alícuota sino que fijaría numéricamente. La doctrina mayoritaria estima, por tanto, que las atribuciones numéricas que equivalen a partes iguales (literal designación de herederos «por mitad» o «por partes iguales») debe interpretarse en el sentido de que el testador habría dispuesto un llamamiento conjunto sin especial designación de partes, por lo que en estos casos se habría de entender que proceder el derecho de acrecer. Por el contrario, la asignación de partes o cuotas desiguales o la atribución de cuerpos separados o concretos establecerían atribuciones propias y específicas a cada heredero, es decir, una especial designación de partes, y, por tanto, excluiría el acrecimiento.
- En tercer lugar, cabe referir la particular posición de Albaladejo García, quien considera que en la interpretación del artículo 983 del Código Civil debe prescindirse como causa de exclusión del derecho de acrecer de la fijación numérica de la cuota que viene a ser un lapsus del legislador. De tal manera, que la exclusión solo procedería cuando hubiera «cuerpo de bienes separado» para cada heredero, y no cuando las cuotas señaladas a cada uno fueran distintas. Así, si como ocurre en nuestro supuesto el testador instituye a dos llamados en cuotas desiguales, asignando una cuota mayor a uno de ellos, si fallece el que tiene asignada una cuota menor, habría más razones para suponer que se habría querido que operase el derecho de acrecer en favor del primero antes que invocara las reglas de la sucesión intestada en la porción vacante. Y creo que esta se antoja la posición más convincente, más lógica, menos conceptual en la materia, siempre, claro está, que no surgiera que la voluntad del testador habría querido ser otra.

En el caso, por tanto, habría de operar el acrecimiento en proporción a la cuota inicialmente designada. Más exactamente, los herederos serían Salvador, Tomás y Benito, puesto que Carlos habría premuerto al testador. Si este no hubiera fallecido, la cuota de cada uno de los llamados habrían consistido en una cuarta parte de los 12 millones, aunque teniendo en cuenta que Salvador estaría llamado al doble, a este le habrían, en tal caso, correspondido 4.800.000 euros, mientras que a cada uno de los otros tres sobrinos 2.400.000.

Pero como Carlos ha premuerto y su cuota quedado vacante, dicha cuota, por aplicación del derecho de acrecer, debe repartirse entre los otros llamados, respetando también al efecto la doble asignación efectuada a favor de Salvador, por lo que la cuota vacante se distribuiría de la siguiente manera: 1.200.000 para Salvador, y 600.000 para Tomás y Benito. De tal manera que definitivamente al primero le corresponderían 6 millones de euros y a los segundos 3 millones para cada uno.

11.3. EFECTOS

El efecto esencial del acrecimiento es la automática adquisición por el coheredero (o colegatario) que acrece de la cuota hereditaria vacante (o en el derecho legado), es decir, de todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha cuota, y, por tanto, con todas las cargas correspondientes a la misma (art. 984 del CC). Claro es que, como dice Roca Sastre, si se tratase de cargas impuestas de modo personalísimo al heredero que originó la porción vacante, no pasarán tales cargas al que acrece.

El acrecimiento opera, como se dice, automáticamente, en cuanto sus presupuestos concurran, y proporcionalmente a la respectiva cuota inicial del beneficiado.

Por otro lado, caso de morir el sucesor con derecho de acrecer, sin haber aceptado o repudiado su cuota, transmitirá, con arreglo al artículo 1.006 del Código Civil, a sus propios herederos aquella cuota con el acrecimiento incorporado.

11.4. EL DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN INTESTADA Y FORZOSA

Mientras que el derecho de representación se aplicaría por antonomasia en el ámbito de la sucesión intestada, el de acrecer, inversamente, se trata de una institución del Derecho testamentario, típica de la testada.

En efecto, por lo que respecta a la **sucesión intestada**, en la misma no se da el derecho de acrecer. Es verdad que el artículo 981 del Código Civil dice que «en las sucesiones legítimas la parte del que repudia acrecerá siempre a los coherederos». Sin embargo, más que por derecho de acrecer, se produce una adquisición «por derecho propio» de la herencia, ese derecho que por ley ya tienen reconocidos los herederos según el orden abintestato.

En cuanto a la **sucesión forzosa**, cuya problemática integra, como sabemos, en cuanto condicionante, la libertad testamentaria –entiéndaseme bien–, el artículo 985 del Código Civil dice que entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño. Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ellos los coherederos «por su derecho propio» y no por derecho de acrecer.

Por tanto, la parte de libre disposición seguirá las reglas del derecho de acrecer, mientras que respecto a la cuota legitimaria se rechaza que se aplique. En todo caso, respecto de la legítima de los descendientes, únicos que pueden ser mejorados, cabe aún plantearse el derecho de acrecer respecto del tercio de mejora, cuando el causante, obviamente, deja una parte expresamente como mejora a varios legitimarios conjuntamente. Siendo así, entre ellos se dará el derecho de acrecer, si concurren los requisitos generales del mismo, mientras que, si no se dieran, la parte de turno se refundiría en la legítima, que como tal se repartiría entre los legitimarios «y por su derecho propio».



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- El **Derecho de sucesiones**, **Derecho sucesorio** o **hereditario** regula la sucesión mortis causa, al objeto de determinar sobre quién y de qué manera van a continuar en el caso de muerte de una persona las situaciones jurídicas que lo hubieran tenido hasta ese momento como titular, regulando, pues, la transmisión por el causante y la adquisición por el causahabiente de tales relaciones.
- El **principio de seguridad jurídica** y el **derecho a la propiedad privada** constituirían las dos aristas fundamentales del Derecho sucesorio moderno. A través de uno y otro, pero de consuno, se protegerían los intereses de quienes se encontraran en relaciones jurídicas contraídas por el causante al tiempo de su fallecimiento, y, muy especialmente, de aquellos frente a quien resultara obligado al momento –en los límites que veremos en la Unidad siguiente–, y los de los familiares más próximos que dejara.
- En la legislación existirían tres tipos, formas de sucesión relevantes: la **sucesión testamentaria**, la **sucesión forzosa**, **necesaria** o **legitimaria** y la **sucesión intestada**, de modo que cuando no hubiera herederos forzosos, llamados legitimarios, se podría disponer libremente de nuestros bienes. La sucesión podría ser mixta, testada e intestada conjuntamente, que es lo que sucede cuando por testamento no se dispone sobre la totalidad de los bienes o alguna cláusula dispositiva quedara ineficaz sin que pudiera suplirse por la voluntad –aun implícita– manifestada en el cuerpo del testamento por el causante.
- La **herencia** sería el objeto de la sucesion mortis causa como fenómeno digno de especial tratamiento. De ella serían componentes elementales cualesquiera derechos de naturaleza patrimonial que no hayan de extinguirse con la persona del causante, con el que hasta el fallecimiento de este fuera su titular. Pero, también, huyendo de una connotación neta de la herencia, las cargas hereditarias; a saber, las deudas dejadas igualmente por el causante, así como las deudas de la propia herencia (por ejemplo, los legados) y las que genere la administración, liquidación o partición de la misma.
- En cuanto a sus elementos personales, dejando a un lado la persona del **causante**, pues toda persona física por el hecho de su fallecimiento, por pobre que sea, puede generar la apertura de la oportuna sucesión, por el contenido, el alcance del llamamiento en relación con el conjunto de los bienes de

la herencia, cabe distinguir el sucesor a título universal o **heredero** del sucesor a título particular o **legatario**. Mientras que el heredero es tal por ser llamado, por ley o testamento, a todo o a una parte de la herencia de manera genérica o determinada, el legatario es llamado a bienes o derechos determinados, cambiando todo el régimen de la sucesión se trate de uno u otro, siendo el quid de la cuestión, de la distinción la responsabilidad que por las deudas, las cargas de la herencia recae sobre el heredero por su sola condición, y aunque pueda eximir a su propio patrimonio de tal responsabilidad aceptando a beneficio de inventario.

- La sucesión, la transmisión hereditaria –con atención a que opera en favor de los herederos, única que se torna sustancial para que cumpla su función toda la normativa sucesoria– supone varios hechos o jalones, íntimamente relacionados, que pueden acaecer al mismo tiempo o en momentos sucesivos y a través de largos intervalos, a saber:

  – La **apertura de la sucesión**, que se produce desde el mismo momento en que fallece el causante y por ello mismo.

  – La **delación de la herencia**, que es el efectivo y concreto llamamiento de determinadas personas a recoger la herencia causada.

    Habría, fundamentalmente, en Derecho común, tres modos o clases de delación, por cuanto el llamamiento o designación del sucesor o sucesores pueden provenir de la voluntad objetiva de la ley (sucesión legal), de la voluntad del causante manifestada en testamento y objetivada como última voluntad en el momento de su muerte (sucesión testamentaria) o, a la vez, en sus partes respectivas, por la disposición testamentaria y la de la ley.

  – La **opción o decisión del heredero**, que si es favorable se traduce en la aceptación de la herencia. De la forma que acepte, se derivará un muy distinto régimen en cuanto a la responsabilidad con respecto a las deudas de la herencia.

  – La **adquisición de la herencia**, que es la asunción por el sucesor de las titularidades del difunto, ya se refundan en el patrimonio de aquel, ya se mantengan separadas mientras se practican las operaciones particionales o la oportuna liquidación. En nuestro Derecho, la adquisición de la herencia necesita de un acto –aun presunto– de aceptación, aunque extiende, por ministerio legal, sus efectos retroactivamente al mismo momento del fallecimiento del causante, sin mayor solución de continuidad.

- La **partición o liquidación del haber hereditario**. La partición procede cuando son varios los herederos llamados y aceptan dos o más. La liquidación, en puridad, cuando solo hay uno, consistiendo primero en el pago de las deudas y cargas hereditarias para así formalizar la adquisición no ya de la herencia sino de los bienes que resten tras el pago o reducción si al efecto procediera. La máxima en uno u otro es siempre la misma: «pagar antes que heredar».

- **Puede heredar**, en principio, toda persona, sea física o jurídica, con expresa exclusión de las criaturas abortivas y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley. Pero, siendo genéricamente capaces, se consideran indignos de suceder respecto de la herencia particular de que se trate:

  - Los padres que abandonen a sus hijos o los prostituyan o atenten contra su pudor.
  - Los que atenten contra la vida del testador, de su cónyuge y de los ascendientes o descendientes de aquel.
  - El que acuse calumniosamente al testador de un grave delito.
  - El mayor de edad que no denuncie, en plazo breve, la muerte violenta del causante, siempre que tenga noticia del hecho.
  - El condenado por adulterio con el cónyuge del testador.
  - El que obligue a hacer testamento o a cambiarlo por amenaza, violencia o fraude.
  - Quien por iguales medios impida testar o revocar testamento o lo oculte, suplante o altere.

  Asimismo, para evitar captaciones, presiones o falsedades, se prohíbe la sucesión al confesor del causante en su última enfermedad y a los parientes cercanos de tal sacerdote; al Notario, esposa y parientes; a los testigos de los testamentos abiertos y al tutor que no haya rendido cuentas.

- La **representación hereditaria** o **derecho de representación** es aquel que corresponde a los hijos (o a los nietos) para ser colocados en el lugar que ocupara su padre o madre (o abuelo) en la familia del difunto, con el fin de suceder en la parte de herencia que habría tocado al ascendiente de haber podido y querido heredar. En el caso principal de premoriencia, su fundamental razón jurídica y social se encuentra en que los nietos o descendien-

tes ulteriores no se vean privados de la legítima filial, en caso de premorir el hijo al causante.

La representación produce como principal efecto el de hacer entrar a los representantes en los derechos que el representado hubiere tenido en la sucesión si viviera, sea para concurrir con los otros parientes, sea para excluirlos.

- El derecho de acrecer es, por su parte, el de reunir o agregar a la porción propia la parte de quien no quiere o no puede recibir la suya, estando reconocido en sede fundamental del Derecho testamentario en favor de uno o varios coherederos o colegatarios sobre las partes que sin estar especialmente designadas (precisamente al repudiante o incapaz) queden vacantes por repudiación de alguno de los otros concurrentes llamados o por su falta de capacidad sucesoria (véase «indignidad»).

  Entre herederos forzosos, el derecho de acrecer solo tiene lugar en cuanto a la parte de libre disposición; pues, si lo repudiado a vacante fuere la legítima, se sucede por derecho propio, y no por el de acrecer. En la sucesión testamentaria, de no corresponder este derecho, la parte vacante de los bienes pasará a los herederos legítimos, esto es, a los herederos según el orden intestado, y por ello en virtud de su propio derecho, no por el de acrecer.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

El ofrecimiento de la herencia, la atribución actual del derecho a convertirse en heredero mediante la aceptación de la herencia, excluyendo así a los demás convocados genéricamente para suceder, se trata de la:

a) Vocación a la sucesión.
b) Delación de la herencia.
c) Adquisición de la herencia.
d) Liquidación o partición de la herencia, según la que corresponda.

Enunciado 2

La herencia comprende:

a) Solo los bienes y derechos dejados por el causante, en caso de ser aceptada por los herederos a beneficio de inventario.
b) Todos los bienes, derechos y obligaciones, incluso los que deberían extinguirse por la muerte del causante.
c) Todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte del causante.
d) Solo la parte activa del caudal relicto pero no la pasiva, ya que las obligaciones de la persona quedan extinguidas con la muerte.

Enunciado 3

Es institución propia únicamente del Derecho testamentario:

a) El derecho de representación.
b) La indignidad sucesoria.
c) La desheredación.
d) La partición o liquidación de la herencia, según corresponda.

Enunciado 4

Andrés Álvarez, viudo, tenía cinco hijos: Benito, Carlos, Dolores, Eduardo y Felipe.

- Benito tenía dos hijos: Blanca y Bosco.

- Carlos tenía tres hijos: Clara, César y Cecilia. Clara y César eran matrimoniales y Cecilia era no matrimonial.
- Dolores tenía dos hijos: Delia y Demetrio.
- Eduardo, que era soltero, tenía dos hijos: Elena y Enrique.
- Felipe tenía dos hijos: Francisco y Felisa.

Sucede que:

- Andrés fallece el día 2 de enero de 2008, sin haber otorgado testamento, dejando un patrimonio hereditario neto de 10 millones de euros.
- Benito falleció antes que su padre, el día 20 de mayo de 2003. En su día, Blanca repudió la herencia de su padre Benito.
- Carlos sobrevivió a su padre, pero murió el día 6 de enero de 2008, sin aceptar ni repudiar la herencia de Andrés. Carlos había otorgado testamento instituyendo herederos a sus tres hijos y a su amigo Marcos.
- Clara repudió la herencia de su padre Carlos.
- Dolores sobrevivió a su padre pero repudió la herencia de este.

Expuesto así el caso, se pregunta: ¿quién puede aceptar la herencia de Andrés y en virtud de qué derecho (a saber: por derecho propio, por derecho de representación o por derecho de transmisión *–ius transmissionis–*)?

Enunciado 5

Si Juan, quien tiene cuatro hijos, es declarado indigno respecto de la sucesión de su padre, Alberto, que antes de morir había testado a favor de Juan y de su hermano José a partes iguales:

a) No tendrán los hijos de Juan derecho alguno a la sucesión de Alberto.

b) Los hijos de Juan podrán heredar a Alberto pero solo en el caso de que este lo haya dispuesto en el testamento.

c) Los hijos de Juan lo representarán en la sucesión de Alberto sin mayores especialidades, de modo que tendrán derecho a la mitad de la herencia.

d) Los hijos de Juan habrán de representarlo pero solo en cuanto a su derecho a la legítima, acreciendo el derecho de José por el resto.

Enunciado 6

Son incapaces para suceder por causa de indignidad:

a) Quienes se encuentren imputados por un delito contra la vida del causante.

b) Quienes hubieran obligado al causante a hacer testamento a su favor, existiendo libre remisión pública por parte del testador más tarde.

c) El que hubiera impedido al causante revocar el testamento en que figurase como heredero respecto de la mitad de sus bienes.

d) Los menores, respecto de la herencia del padre, que, sabiendo que su madre lo había matado, no la hubieran denunciado siempre, claro está, que tuvieran edad legal para denunciar.

Solución 1

b) Delación de la herencia.

Solución 2

c) Todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte del causante.

Solución 3

c) La desheredación.

Solución 4

El supuesto, de gran interés para asimilar y relacionar muchos de los conceptos volcados en esta Unidad, es propuesto por López Beltrán de Heredia siendo la abreviada solución que ofrece la siguiente:

- Con respecto a la herencia de Andrés, en primer lugar, Benito premuere a su padre; entonces, sus hijos, que son nietos del causante, ocuparán su lugar por derecho de representación y, en consecuencia, por estirpes. Es así que Blanca y Bosco podrán aceptar la herencia de Andrés por derecho de representación, sin importar que Blanca hubiera repudiado la herencia de su padre Benito (art. 928 del CC), porque son herederos directos de su abuelo.
- En segundo lugar, Carlos sobrevivió a su padre, por lo que ingresó en su patrimonio el *ius delationis*, que es el derecho a aceptar o repudiar la herencia. Como muere antes de ejercitarlo lo transmite a sus herederos, fueran, como es el caso, parientes o no del causante (ex art. 1.006 del CC).

  Así, tanto César y Cecilia como su amigo Marcos pueden aceptar la herencia de Andrés por transmisión de la delación operada en favor de Carlos. Pero Clara no puede hacerlo porque habrá repudiado la herencia de Carlos.
- En cuarto lugar, Dolores ha repudiado y el que repudia lo hace por sí y por su estirpe. Sus hijos, por tanto, no podrán aceptar la herencia de Andrés.

- Finalmente, Eduardo y Felipe heredarán por derecho propio, una cuota, una parte cada uno de las cuatro en que por todo lo visto se habrá de distribuir la herencia, si es que, claro está, todos los mentados aceptaran efectivamente.

Solución 5

d) Los hijos de Juan habrán de representarlo pero solo en cuanto a su derecho a la legítima, acreciendo el derecho de José por el resto.

Solución 6

c) El que hubiera impedido al causante revocar el testamento en que figurase como heredero respecto de la mitad de sus bienes.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Madrid: Edisofer, 2008.

BARASSI, L.: *La successioni per causa di morte*, Milán: Giuffrè, 1944.

BETTI, E.: *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria* (lecciones recopiladas por G. Gorla), Milán: Gruppo Universitario Fascista, 1928-1929.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil,* vol. IV-2, Madrid: Tecnos, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*.: *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones,* Madrid: Dykinson, 2009.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, V. Sucesiones,* Madrid: Dijusa, 2011.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio mortis causa: exposición elemental del Derecho civil español,* Sevilla: Edelce, 1951.

RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho civil* (traducción de R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro), Madrid: Reus, 1945.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.): *Curso de Derecho civil, IV. Derechos de familia y sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

SERRANO ALONSO, E.: *Manual de Derecho de sucesiones*, Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

En la Red

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, íntegramente disponible en http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=364

MANRESA y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil*, tomos V a VII, 4.ª ed., íntegramente disponibles en la página web de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla.

VAQUER ALOY, A.: «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», en *InDret* n.º 3, 2007, http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf

Avanzada

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Sucesiones*, Cuaderno I, en O. Monje Balmaseda (coord.) Madrid: Dykinson, 2011, pág. 69 y ss.

ANDERSON, M.: «Hacia una flexibilización del fenómeno sucesorio: el problema de la legítima y la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada», en M. Carregal (dir.), *Planificación patrimonial y sucesoria*, Buenos Aires: Heliasta, 2012.

BELTRÁN DE HEREDIA, P.: «El derecho de acrecer: negocios "ínter vivos" y "mortis causa"», Madrid: *Revista de Derecho privado*, 1956.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *Sucesiones*, Cuaderno V, en F. Lledó Yagüe (coord.), Madrid: Dykinson, 2011, págs. 60 y 61.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: *El derecho de representación en la sucesión testada*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuter-Aranzadi, 2009.

OSSORIO MORALES, J.: *El legado de parte alícuota (en torno a la distinción entre heredero y legatario)*, Granada: 1940.

VATTER FUENZALIDA, C.: *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Madrid: Montecorvo, 1986.

UNIDAD DIDÁCTICA

7 ADQUISICIÓN Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. La aceptación de la herencia en general
2. La repudiación
3. Capacidad para aceptar o repudiar
4. Forma
   - 4.1. De la aceptación (pura y simple)
   - 4.2. De la repudiación
5. Efectos
   - 5.1. De la aceptación (pura y simple)
   - 5.2. De la repudiación
6. El beneficio de inventario
   - 6.1. Concepto
   - 6.2. Forma
   - 6.3. Plazo
   - 6.4. El inventario
   - 6.5. Efectos
   - 6.6. Pérdida del beneficio

7. El derecho de deliberar
8. La comunidad hereditaria
9. La partición de la herencia: concepto y procedencia
10. Clases de partición
    10.1. Partición judicial
    10.2. Partición extrajudicial
        10.2.1. Partición realizada por el propio testador
        10.2.2. Partición practicada por comisario o contador-partidor
        10.2.3. Partición hecha por los propios herederos (partición convencional)
    10.3. Partición arbitral
11. Legitimación para pedir la partición e intervención de los acreedores
    11.1. Sujetos legitimados para pedir la partición
    11.2. Intervención de los acreedores (de la herencia y de los herederos)
12. Operaciones particionales
    12.1. Relación de bienes: inventario y avalúo de la masa hereditaria
    12.2. Liquidación
    12.3. Formación de lotes (división) y adjudicación
13. Efectos de la partición
14. La colación
    14.1. Concepto y fundamento
    14.2. Presupuestos
    14.3. Bienes colacionables
    14.4. Bienes no sujetos a colación
    14.5. Efectos de la colación

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

La parte general de nuestro Derecho sucesorio se completa con el contenido de esta Unidad. Advertidos los principios y conceptos más básicos a partir de los cuales quedaría constituido como sistema, nos debemos plantear ahora los presupuestos necesarios para que cada llamado adquiera efectivamente su parte respecto de la herencia. Dos postulados son, así, imprescindibles para comprender en su panorámica esta Unidad:

- El primero consistiría en recordar cómo la finalidad verdaderamente esencial de todo régimen sucesorio propendería a la designación, precisamente, de un sucesor pero a título universal, como sabemos, por lo que la atención de toda la Unidad habrá de girar en torno al concreto modelo de adquisición de la herencia en cuanto objeto único, las distintas clases de aceptación posibles y sus efectos, con especial consideración del que debería ser régimen típico y, sin embargo, requiere de un pronunciamiento expreso por parte del interesado: el beneficio de inventario, con la limitada responsabilidad patrimonial que proporciona.
- El segundo presupuesto pasaría por distinguir entre adquisición de la herencia y adquisición final de los bienes concretos de que se trate, pues habiendo aceptado la herencia, en el caso más que frecuente en que haya pluralidad de aceptantes, no se puede saber de quién será finalmente cada bien, sin antes proceder a la partición de la herencia, a la división del haber hereditario. La incidencia práctica de la comunidad hereditaria exige tener bien claro, pues, todo el régimen atinente a los medios y efectos de la partición, con inclusión aquí de la colación como contingente vicisitud diferenciada.

1. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA EN GENERAL

La **aceptación hereditaria** es la declaración de voluntad del llamado a una herencia en virtud de la cual asume la cualidad de heredero. Se trata de un negocio jurídico unilateral por el que se declara querer ser efectivamente heredero y adquirir, consecuentemente, la herencia.

La **función de la aceptación**, en las legislaciones que admiten el principio germánico de la transmisión instantánea por el fallecimiento del *cuius*, es la de confirmar una cualidad precedentemente adquirida y hacer definitiva una transmisión de propiedad y de posesión, ya operadas por efecto de la ley, en el instante mismo del fallecimiento. Pero en las legislaciones que, como la nuestra, permanecen fieles al sistema romano, la aceptación de la herencia tiene una función más trascendental, a saber, la de provocar la adquisición de la herencia. Ahora bien, una vez que por medio de la aceptación es adquirida la herencia, la adquisición retrotrae sus efectos al momento mismo de la muerte del causante, ya que la sucesión jurídica liga al sucesor con el autor, salvándose el lapso de tiempo intermedio de yacencia hereditaria mediante esta retroacción de efectos de la aceptación. De esta forma se llega prácticamente a soluciones muy semejantes a las que produce en el sistema germánico la adquisición automática o ipso iure de la herencia al fallecimiento del causante.

Precisiones

Debemos tener claro que el régimen de la aceptación y de la repudiación que se tratará en estas páginas solo gira en torno a un objeto: la herencia como conjunto. No debe confundirse, pues, con el propio de la adquisición de los legados, que si son puros y simples, sobre cosas en concreto integrantes del haber hereditario al tiempo de fallecer el testador, la titularidad sobre tales bienes por el interesado se entiende adquirida desde justo tal momento, salvo que declare ser su voluntad contraria al respecto. Sobre las diferentes clases de legados y el régimen de adquisición en la materia, véase más particularmente cuanto sobre ello se indica en la Unidad 8.

Son **caracteres esenciales** de la aceptación los siguientes:

- **Voluntaria.** Es un acto enteramente libre y voluntario según expresa el artículo 988 del Código Civil. No obstante, hay en el Código algunos casos en que no rige en modo absoluto el principio de voluntariedad de la aceptación, y son:
  - Los que la doctrina llama de aceptación necesaria comprendidos en los artículos 1.001 y 1.002.
  - Los de adquisición ipso iure, en que no existiendo el *ius delationis* parece excluirse la repudiación de la herencia y, además, se impone el régimen de aceptación a beneficio de inventario, como los comprendidos en los artículos 956, 992, párrafo 2.º, y 996.
- **Unilateral y no recepticia.** La aceptación es obra exclusivamente del titular del *ius delationis,* y no ha de ponerse en conocimiento de nadie para que produzca efectos jurídicos.
- **Irrevocable.** El artículo 997 del Código Civil recoge este carácter esencial diciendo que la aceptación, una vez hecha, es irrevocable y no podrá ser impugnada sino cuando adolezca de alguno de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido.
- **Indivisible.** La aceptación no podrá hacerse en parte, según exige el artículo 990 del Código Civil.
- **Pura.** La aceptación no podrá hacerse ni a plazo ni condicionalmente, como también requiere el artículo 990 del Código Civil, salvo, claro está, la aceptación a beneficio de inventario, que lleva consigo una condición que limita sus efectos.
- **Retroactiva.** Los efectos de la aceptación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, así lo indica el artículo 989 del Código Civil.

En cuanto a sus distintas **clases**, la aceptación puede ser, según el artículo 998 del Código Civil, pura y simple o a beneficio de inventario. La primera es la que, por no producirse bajo la cláusula especial del beneficio de inventario, produce efectos ilimitados. La segunda es aquella que, por hacerse bajo esta reserva, produce los efectos especiales y restringidos que se examinarán posteriormente.

La aceptación pura y simple se subdivide en expresa y tácita, y es que no cabe ni se prevé en nuestro ordenamiento una aceptación a beneficio de inventario tácita. La acep-

tación expresa es, así, la que se hace en documento público o privado. Es tácita la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero (art. 999 del CC), entendiéndose, por disposición del Código, que hay aceptación (tácita) en los casos que regula el artículo 1.000 del Código Civil, los cuales posteriormente se verán.

En cuanto al **plazo de la aceptación**, el llamado puede aceptar en cualquier momento en tanto no prescriba la acción para adir la herencia (que se entiende lo hace a los treinta años), y ello por cuanto no hay un plazo predeterminado para hacerlo. Solo cuando hay otras personas interesadas en que se defina la situación puede requerirse al heredero para que diga si acepta o no; es la *interpellatio in iure* del artículo 1.005 del Código Civil, según el cual:

> «Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a este un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada».

Los interesados pueden ser desde una persona cuyo llamamiento se encuentra supeditado a que no se concrete la delación en favor de aquel a quien se interpela (por ejemplo, el instituido sustituto en testamento para el caso de que el primer llamado no acepte), como los acreedores de este.

Precisiones

Se dice que la aceptación no está sometida a un plazo concreto, lo que no es óbice para que sí existan en la legislación plazos perentorios, según las distintas circunstancias concurrentes en el caso (arts. 1.014 a 1.016 del CC), para solicitar y gozar del beneficio de inventario por parte del aceptante. Y es que no es imprescindible, como veremos, que se solicite el beneficio de la limitación patrimonial en el mismo momento en que se acepta.

2. LA REPUDIACIÓN

La **repudiación** consiste en aquella declaración expresa y formal del llamado a la herencia por la que manifiesta que renuncia a adquirirla. Inversa aunque análogamente a

la aceptación, estamos ante un negocio jurídico unilateral por el que se renuncia a la adquisición de la herencia, y a la cualidad de heredero; a su través se declara formalmente por el llamado que rehusa la herencia a su favor deferida.

Debe la repudiación distinguirse de la mera renuncia a la expectativa sucesoria. En esta dirección, y contra la sinonimia de renuncia y repudiación en la materia, Escriche sostiene que integra la repudiación:

> «La dimisión de una cosa o derecho que se nos ha deferido, traspasado o dejado. Se diferencia de la renuncia en que la repudiación supone la adquisición de la cosa o derecho que abandonamos; y la renuncia no supone adquisición, sino solo esperanza. De modo que repudiación es la declaración que hacemos de que desechamos o repelemos lo que tenemos o se nos defiere; y renuncia, es la declaración que hacemos de que abdicamos o abandonamos el derecho o cosa que todavía no hemos adquirido, pero que esperamos adquirir».

No es del todo exacta la expresión del autor en ese punto en que pudiera surgir que la herencia estuviera adquirida al tiempo de repudiarla; sin embargo, es válida la orientación de sus palabras para lo que aquí se quiere dar a conocer y nos es útil, a saber: que la renuncia, como acto anticipado respecto a la herencia futura, se encuentra, por principio, prohibida, que no la actual repudiación a la herencia ya deferida. Es clave al respecto el artículo 991 del Código Civil, según el cual «nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia».

Precisiones

Sobre el aspecto que se destaca, véase más en concreto el cuadro de precisiones que se añade en el epígrafe 3 de la Unidad precedente relativo a los límites de la sucesión contractual desde la óptica del Código Civil.

La repudiación presenta, básicamente, los mismos **caracteres** que la aceptación. Así es:

- Voluntaria (art. 988).
- Unilateral y no recepticia.

- Irrevocable (art. 997).
- Indivisible (art. 990).
- Pura (art. 990).
- Retroactiva (art. 989).

3. CAPACIDAD PARA ACEPTAR O REPUDIAR

El artículo 992 del Código Civil dice que para aceptar o repudiar una herencia, el llamado habrá de tener la libre disposición de sus bienes o, de otro modo, capacidad de disponer libremente, que presupone la de obrar plenamente. Así, pues, las personas que carezcan de ella aceptarán en su nombre el representante legal, y los que la tienen incompleta requerirán el complemento de capacidad adecuado. Como supuestos concretos conviene detallar, por su incidencia práctica, los siguientes:

A) Menores de edad

El régimen de aceptación y repudiación de la herencia en relación con estas personas se regula en el artículo 166 del Código Civil, según el cual los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria la autorización, para la repudiación de la herencia, si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público.

Respecto de los menores emancipados, necesitan para aceptar y repudiar el complemento de capacidad, consentimiento del titular de la patria potestad o del curador, ya que según el artículo 323 del Código Civil no tienen la plena disposición de sus bienes.

En cuanto a los menores sometidos a tutela, el tutor, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o para repudiar esta o sus liberalidades, necesitará autorización judicial según el artículo 271.4.º.

B) Incapacitados

Los incapacitados, en general, tendrán el ámbito de incapacidad declarado en resolución judicial que determinará su extensión y límites. Si la aceptación o repudiación de

la herencia caen en dicho ámbito, el tutor necesitará autorización para aceptar sin beneficio de inventario o para repudiar la herencia o sus liberalidades.

Si el incapacitado está sometido a patria potestad prorrogada o rehabilitada, la aceptación o repudiación la realizará el titular de la patria potestad.

C) Sordomudos

A su respecto establece el artículo 996 del Código Civil que:

> «Si la Sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura o simplemente o a beneficio de inventario».

D) Los pobres y la herencia en favor del alma

El párrafo 2.º del artículo 992 dice que la aceptación de la que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto a las que señala el artículo 749, y se entenderá aceptada a beneficio de inventario.

La doctrina entiende que por analogía deben aplicarse estos mismos principios a las herencias en favor del alma del artículo 747, y serán los albaceas quienes acepten.

E) Personas jurídicas

El artículo 993 del Código Civil dispone que los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones o fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.

En relación con los establecimientos públicos oficiales el artículo 994 del Código Civil dispone que no podrán aceptar ni repudiar sin la aprobación del Gobierno.

4. FORMA

4.1. DE LA ACEPTACIÓN (PURA Y SIMPLE)

Dispone el artículo 999 del Código Civil que:

> «La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita. Expresa es la que se hace en documento público o privado. Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero».

La aceptación expresa, como aquí ya se ha dicho, es la que se hace en documento público o privado (art. 999, párrafo 2.º). Por tanto, exige forma escrita, en documento público o privado.

La aceptación tácita, en cambio, es la que se hace por **actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar**, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero (art. 999, párrafo 3.º). En el artículo 1.000 del Código Civil se refiere como supuestos tres, a saber:

- Cuando el heredero venda, done o ceda su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.
- Cuando el heredero renuncie, aunque sea gratuitamente a beneficio de uno o más de sus coherederos.
- Cuando renuncie por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor renunciare fueran aquellos a quienes deba acrecer la porción renunciada no se entendería aceptada la herencia, que es lo mismo que decir que estamos ante un caso de repudiación.

Frente a los anteriores, son **actos de los que no se traducen en una voluntad de aceptación** los de mera conservación o administración provisional, los cuales no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o cualidad de heredero (art. 999, párrafo 4.º).

En cuanto a los **actos dudosos de calificación**, diversas sentencias del Tribunal Supremo consideran el hecho de pedir la declaración de herederos abintestato como acto de adición, si bien lo afirman en casos en los que había otros actos que indicaban la voluntad de aceptar. Lacruz Berdejo dice que el hecho de pedir la declaración de ser heredero no implica aceptación de la herencia, sino solo un medio adecuado para adquirir la certeza de que se es realmente heredero.

Por su parte, se entiende, a título de sanción, supuesto de **aceptación *ex lege*** el del artículo 1.002 del Código Civil por el cual:

> «Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir».

4.2. DE LA REPUDIACIÓN

El artículo 1.008 del Código Civil establece que «la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito ante el Juez competente para conocer de la testamentaría o del abintestato». Y es que, según antes se ha definido, la repudiación de la herencia es la declaración de voluntad expresa y formal del llamado a la herencia por la que manifiesta que renuncia a adquirirla. En este sentido, a diferencia de la aceptación no existiría una repudiación de orden presunto a partir de determinados actos del llamado, lo cual es verdaderamente lógico ante un natural comportamiento omisivo por su parte. Dicho de otro modo: su abstención solo podría tenerse como falta de aceptación pero no como frontal repudiación respecto de la herencia, como directo rechazo de la condición a la que habría sido llamado.

Precisiones

La cuestión está íntimamente relacionada con el concreto régimen adquisitivo de la herencia según se disciplina en nuestra legislación: y es que la repudiación de la herencia no es necesaria en los ordenamientos jurídicos que exigen la aceptación para que se consume la transmisión de los bienes; mientras es necesaria, cual en la tendencia germánica de sucesión automática, para desprenderse de la condición de sucesor.

5. EFECTOS

5.1. DE LA ACEPTACIÓN (PURA Y SIMPLE)

Como reiteradamente se ha dicho, la aceptación produce la adquisición de la herencia, según el sistema romano que adopta el Código Civil, efectos que se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión, y, por ende, la adquisición del patrimonio hereditario.

Puntualmente, el artículo 1.003 del Código dispone que «por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios». Se establecen de tal modo los sustanciales efectos de la aceptación pura y simple, sin beneficio de inventario, destacando la responsabilidad del heredero *ultra vires hereditates*, de las cargas, deudas del causante y legados, a causa de la confusión de patrimonios de causante y heredero.

El aceptante, al adquirir la posición de heredero recibe todas las relaciones transmisibles del causante, subentra en el patrimonio del mismo, haciendo suyo el contenido de la herencia. El heredero sustituye jurídicamente, a todos los efectos, al causante (art. 1.257 del CC).

La existencia de varios herederos dará lugar a la comunidad hereditaria; siendo la responsabilidad de los coherederos solidaria, antes y después de la partición, y extinguiéndose la comunidad por la partición.

Sea como fuere, los bienes de la sociedad de gananciales no responderán de las deudas del causante, cargas y legados, en el caso de que una persona casada acepte pura y simplemente, a no ser que concurra el otro cónyuge prestando su consentimiento a la aceptación (arts. 995 y 1.367 del CC).

5.2. DE LA REPUDIACIÓN

También la repudiación implica el efectivo ejercicio del *ius delationis*, aunque en la dirección contraria. En su virtud, se abdica del derecho a la herencia del causante vinculado, siendo que el interesado se decide por no adquirirla provocando que otros tengan la opción de adquirirla, y retrotrayéndose, al igual que sucede con motivo de la aceptación, al momento de la apertura de la sucesión (art. 989 del CC).

Más en concreto, se pueden señalar como efectos generales de la repudiación de la herencia los siguientes:

- La no adquisición de la herencia, por cuyo efecto retroactivo se entiende que el llamado no ha poseído en ningún momento (art. 440 del CC).
- No implica renuncia al prelegado (art. 890) ni de las posibles mejoras (art. 833) con que hubiera resultado favorecido.
- El repudiante conserva, no obstante, el derecho de representar al causante en otra sucesión a la que fuera llamado, siempre que en ella opere el derecho de representación (art. 928 del CC).
- La repudiación dará lugar, habiendo testamento, a que:

  – Se llame al sustituto vulgar, si lo hay.
  – De no haber prevista sustitución, y si es el caso de que se cumplan los requisitos que para él hemos visto en la Unidad anterior, opere el derecho de acrecer.
  – A falta de los anteriores, se llame a los herederos abintestato del causante.

  Pero, si la sucesión es intestada, la parte que hubiera correspondido al repudiante pasará:

  – Al resto de coherederos, que lo serían por estar llamados ocupando una misma categoría y grado (así, por ser hijos, padres o hermanos del difunto, por ejemplo) produciéndose el mismo resultado que en el derecho de acrecer en la testada.
  – Pero de ser el único llamado, a los herederos abintestato que sigan en orden y grado al repudiante.

Finalmente, el artículo 1.001 del Código Civil dispone que:

> «Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán estos pedir al Juez que los autorice a aceptarla en nombre de aquel. La aceptación solo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código».

Entiéndase que los acreedores no se convierten en herederos sino que ejercitan un derecho concedido por la ley al objeto de cobrarse en la medida de lo posible sus respectivos créditos. Antes los acreedores deberían haber solicitado que se instara al llamado, de conformidad con el artículo 1.005 del Código Civil.

Precisiones

Que los acreedores no se transformen en el caso del artículo 1.001 del Código Civil en herederos se demuestra en que el sobrante de lo adeudado a ellos vuelve a la masa de la «herencia», pero no al renunciante, con lo que el supuesto no se constituye en una especie de aceptación indirecta a beneficio de inventario, por gestión ajena.

6. EL BENEFICIO DE INVENTARIO

6.1. CONCEPTO

Para evitar los efectos que se producen con la aceptación pura y simple, el ordenamiento español atribuye al heredero un poder o facultad con el fin de limitar su responsabilidad a los bienes de la herencia (responsabilidad *intra vires hereditates*) quedando esta como un patrimonio en liquidación de sus deudas y cargas, separado del patrimonio del heredero, al que pasará lo que quede de la liquidación (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros).

Precisiones

La tendencia legislativa moderna consiste en invertir este presupuesto en materia sucesoria. El clasicismo exigía que el heredero declarara su voluntad de suceder a beneficio de inventario. Hoy, el amparo de los herederos lleva a la mayoría de los ordenamientos a establecer que rige el beneficio de inventario automáticamente, a menos de efectuar «actos de heredero» (art. 1.000 del CC), omitir el inventario en un lapso, que suele ser de tres meses, o renunciar ex-

.../...

.../...

presamente a este beneficio, por cualquier razón; la más fundada, la solvencia del causante. La regulación, muy confusa, en el punto junto con la cumulativa previsión del derecho a deliberar que cumpliría igual función que el beneficio de inventario tal y como está dispuesto en el Código Civil, serían puntos comunes con vistas a una futura reforma de nuestro sistema sucesorio tal y como se habría venido proponiendo por la doctrina incesantemente durante las últimas tres décadas.

Puede ser definido, por tanto, el **beneficio de inventario** como la facultad concedida por la ley a los herederos para aceptar la herencia con la modalidad de no responder de las obligaciones del finado ilimitadamente, sino solo hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios. El beneficio de inventario evita, por tanto, la confusión de patrimonios y la responsabilidad del heredero con sus bienes propios, de tal manera que estos quedarán inmunes frente a los acreedores de la herencia y también frente a los legatarios establecidos por el testador.

Precisiones

La aceptación a beneficio de inventario implica una limitación de la responsabilidad patrimonial del heredero, que solo responde de las deudas del causante hasta donde alcancen los bienes de la herencia, significando que no es confundido el patrimonio del causante con el del heredero, siquiera hasta terminar con la previa liquidación y total abono de las deudas hereditarias.

Desde tan básica consideración, el Código Civil concibe el beneficio de inventario como una forma de aceptación (art. 998), aunque en puridad más que una clase de aceptación es una facultad de todo heredero, lo haga en el mismo momento o hubiera aceptado en uno anterior, pues es posible, confirmando la calificación que se indica, hacer uso del beneficio aun cuando ya se haya aceptado si es que se está en plazo de invocar el beneficio, algo que surge a las claras del artículo 1.015 del Código Civil. Ahora bien, lo que no cabe es solicitar el beneficio y no aceptar, de otro modo: el beneficio de inventario acarrea, a diferencia de cuando se ejercita el derecho de deliberar, aceptación, por lo que no se puede solicitar el beneficio para repudiar después.

Precisiones

El artículo 1.010 del Código Civil dispone «que todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido». Al extremo de que, si existen varios herederos, el beneficio de inventario lo pueden utilizar todos y cada uno de ellos, con independencia y separación de los demás, como establece el artículo 1.007 al decir que «cada uno de los herederos puede aceptarla pura y simplemente o a beneficio de inventario».

En su regulación actúa el beneficio, además, como una excepción: es excepción porque el interesado, el llamado debe declarar expresamente que tal es su voluntad en cuanto a la aceptación de la herencia –y la consiguiente asunción de su condición de heredero–, pues si se limita a aceptar sin más, se entiende que ha aceptado pura y simplemente (Serrano Alonso).

6.2. FORMA

La forma de solicitar el beneficio de inventario requiere necesariamente una declaración de voluntad expresa y solemne en tanto que debe hacerse, como dispone el artículo 1.011 del Código Civil, ante Notario, o por escrito ante los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato. También, si el heredero se hallare en el extranjero podrá hacer dicha declaración ante el agente diplomático o consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento (art. 1.012 del CC).

6.3. PLAZO

La declaración de querer el beneficio de inventario ha de producirse en plazos determinados, que deben ser estimados como de caducidad, y varían según determinadas circunstancias conforme discriminan los artículos 1.014 a 1.016 del Código Civil, a saber:

- Si el heredero tiene en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos deberá manifestarlo al Juez competente, dentro de los diez días siguientes a aquel en que supiese ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese

fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días. En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere (art. 1.014 del CC).

En esos días, el llamado a la herencia podría optar, entonces, por aceptar, repudiar o por usar del derecho de deliberar del que enseguida hablaremos.

Precisiones

No es la posesión civilísima, la presumida *ex lege* en la persona del heredero por su propia condición y en virtud del artículo 440 del Código Civil a la que se refiere, sino la posesión real de los bienes, su goce, disfrute o detentación, pero efectiva. En todo caso, sobre la posesión civilísima, como uno de los efectos de la aceptación hereditaria, véase el punto correspondiente en la Unidad 4 del manual de *Derecho civil. Derechos reales* de mi autoría, disponible en el Aula Central de Grados, lugar mucho más apropiado para comprender la especialidad de la figura en el contexto de la teoría posesoria.

- Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos de diez o treinta días se contarán desde el día siguiente al día en que expire el plazo –no superior, a su vez, a treinta días– que el Juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1.005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero (art. 1.015).
- Fuera de los dos casos anteriores (a saber, no teniendo los bienes en su poder ni habiendo aceptado expresa o tácitamente, ni tampoco habiendo sido previa y judicialmente instado a aceptar o repudiar la herencia), podrá acogerse al beneficio de inventario mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia (art. 1.016), que lo hace a los treinta años contados desde que la herencia se le hubiera ofrecido al llamado, o lo que es mismo –a los efectos que ahora interesan–, desde que pudo manifestar eficazmente su voluntad de aceptarla (o no).

O sea, la solicitud del beneficio podrá pedirse al aceptar o después, algo que bien surge del inciso final del artículo 1.015 del Código Civil, pero en todo caso, resume Albaladejo García:

«1.º Dentro del término de los diez días siguientes en que el interesado se supo llamado a la herencia, si tiene en su poder los bienes (todos o algunos) de la herencia, y reside en el lugar donde falleciera el causante, y de los treinta, si reside fuera.

2.º No teniendo los bienes hereditarios en su poder, dentro de los antedichos diez o treinta días contados desde el siguiente al que se convirtió en heredero (por aceptación expresa o acto asimilado), con el tope de que nunca lo haga después del vencimiento del plazo que habría tenido para aceptar la herencia».

6.4. EL INVENTARIO

Si la declaración de querer el beneficio ha de ser expresa y solemne, es necesario para su eficacia que vaya precedida o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia (art. 1.013).

El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta. Si por hallarse los bienes a larga distancia, o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año (art. 1.017).

En todo caso, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio el que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, y solo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados (art. 1.021).

El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia aprovechará a los sustitutos y a los herederos abintestatos, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el artículo 1.019, se contarán desde el siguiente al día en que tuvieren conocimiento de la repudiación (art. 1.022).

6.5. EFECTOS

Con arreglo al artículo 1.023 del Código Civil, el beneficio de inventario produce en favor de los herederos tres efectos fundamentales:

- El heredero no quedará obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.
- Conservará contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.
- No se confundirán para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

Con mayor profundidad, y siguiendo la exposición de Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, se pueden sintetizar los efectos del beneficio de inventario en los siguientes cinco puntos:

- **Limitación de la responsabilidad.** El heredero solo queda obligado hasta donde alcancen los bienes de la herencia (art. 1.023.1.º) excluyéndose los bienes propios de la posibilidad de ser agredidos por los acreedores hereditarios (arts. 1.021 y 1.003 del CC).
- **La herencia beneficiada como patrimonio separado.** La herencia beneficiada es titularidad del heredero, pero no se confunde con su propio patrimonio, con la consecuencia de que puedan darse relaciones jurídicas entre el patrimonio propio del heredero y el hereditario (art. 1.023.2.º y 3.º del CC), conservando todos los derechos y acciones que tuviere contra el difunto. Se excluye la confusión o consolidación.
- **La herencia beneficiada como patrimonio en administración.** El artículo 1.026 del Código Civil dispone que «hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración».

  Además de un patrimonio separado, por tanto, la herencia está sujeta a un régimen de administración, orientado fundamentalmente hacia la liquidación del patrimonio con el fin de pagar deudas y cargas y, así, establece el artículo 1.026 del Código Civil, párrafo 2.º, que:

  > «El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a esta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma».

  El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores (art. 1.027 del CC).

- **La herencia beneficiada como patrimonio en liquidación.** Decir que la herencia es, en el caso de haberse aceptado con beneficio de inventario, un patrimonio en liquidación alude, por su parte, a que en ocasiones será necesario, justamente para el pago de legados y créditos, la venta de bienes hereditarios, venta que, salvo acuerdo entre herederos, acreedores y legatarios, se realizará en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.030).

  El Código Civil asimismo ofrece unas reglas referidas al pago de las deudas y cargas hereditarias, estableciendo en el artículo 1.028 del Código Civil que:

  > «Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación. No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho».

  Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, estos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles (art. 1.029).

  No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya (art. 1.031).

  Obviamente, los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por este a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero (art. 1.034).

- **La herencia tras la liquidación.** Finalmente, procederá la rendición de cuentas por el administrador, siempre que sea distinto del heredero, respondiendo de los perjuicios causados por su culpa o negligencia (art. 1.032, párrafo 2.º). El remanente que quedare se confundirá con el resto del patrimonio del heredero (art. 1.032, párrafo 1.º), desapareciendo, entonces, la separación de patrimonios (la aceptación a beneficio de inventario pues suspendería este

efecto si, como previsión, se hubiera aceptado de tal manera, sin mayor conocimiento –es indistinto, pues, a diferencia de lo que inspira y surge del derecho de deliberación– del efectivo conocimiento del estado contable de la herencia al tiempo de aceptar).

6.6. PÉRDIDA DEL BENEFICIO

Dispone el artículo 1.024 del Código Civil que:

> «El heredero perderá el beneficio de inventario:
>
> 1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario algunos de los bienes, derechos o acciones de la herencia.
>
> 2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización».

También se producirá si por culpa o negligencia no inicia o concluye en plazo el inventario o incumple las solemnidades exigidas (art. 1.018 del CC).

Igualmente perderá el beneficio el heredero si se demostrara que hubiera sustraído algún bien de la herencia (art. 1.002 del CC).

Dándose alguno de tales supuestos, los efectos son claros: se habrá aceptado la herencia pura y simplemente, poniendo en juego el heredero, y como penalidad en la consideración de doloso o culposo comportamiento, su propio patrimonio.

7. EL DERECHO DE DELIBERAR

Antes de aceptar o repudiar la herencia, podrá el heredero pedir la formación de inventario para deliberar sobre este punto (art. 1.010, párrafo 2.º, del CC).

El **derecho de deliberar** es, pues, la facultad concedida al heredero para examinar el estado de la herencia, al objeto de aceptar o repudiar. Presupone la formación de un inventario que se hará en la misma forma y plazo que en el beneficio de inventario. Mientras, la herencia se hallará en administración, como el beneficio (art. 1.020).

Precisiones

El derecho de deliberar, conocido también con los nombres de beneficio de deliberar o deliberación, consiste en la facultad reconocida legalmente al llamado como heredero para examinar y reconocer con detención si le conviene aceptar o repudiar la herencia a que es llamado por ley o por la voluntad del causante, o por ambas, ya conjunta o complementariamente. Su origen parece encontrarse en una cláusula benevolente o cautelosa que incluían en su testamento algunos romanos, en el sentido de que el heredero debía cerciorarse, antes de aceptar, sobre la sucesión, en un lapso casi siempre de cien días, plazo que luego fue el introducido por el pretor.

Bien mirado, el derecho de deliberar tiene –por solaparse en su función con la facultad de aceptar a beneficio de inventario– muy escasa aplicación, ya que existiendo esta segunda posibilidad no presenta mayor ventaja práctica hacer uso de él. Al contrario, y como dice Serrano Alonso, este derecho vendría a complicar la situación del heredero, quien debe primero solicitar la realización de un inventario; una vez realizado, expresar si acepta o repudia la herencia y, si acepta, determinar si lo hace pura y simplemente o a beneficio de inventario. Con lo que se demuestra mucho más sencillo –y eficaz– interesar directamente la aceptación a beneficio de inventario, para conseguir el propósito deseado: no quedar «personalmente» perjudicado como consecuencia de la herencia a la que se es llamado.

Con todo, se puede encontrar una utilidad «formal» a este derecho: la de contar con más tiempo para aceptar o repudiar cuando el heredero es urgido (ex art. 1.005 del CC) a que acepte o repudie. En todo caso, desde un punto de vista estrictamente legal, no es imprescindible para hacer uso del derecho de deliberar que se haya compelido a su titular a definirse, pues como derecho es de libre ejercicio por su parte con independencia.

En cuanto a su plazo, aquel en que puede usarse el derecho de deliberar es el mismo que para poder solicitar el beneficio de inventario (arts. 1.014 a 1.016 del CC).

Concluido el inventario, el heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar deberá manifestar al Juzgado, dentro de treinta días, contados desde el siguiente al en que se hubiese concluido el inventario, si acepta o repudia la herencia. Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente (art. 1.019). El silencio se interpreta, así, como renuncia a la posibilidad de pedir el beneficio de inventario; en cambio, la simple manifestación de aceptar no excluye –nos

advierte Lacruz Berdejo– que se pueda solicitar ulteriormente –de estar en tiempo– el beneficio de inventario; derecho de deliberar y beneficio de inventario serían en los hechos compatibles, más allá de la crítica que aquí se ha efectuado con base en la escasa repercusión práctica del instituto del que ahora se está tratando.

8. LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Como uno de los efectos de la aceptación hereditaria, surge la comunidad hereditaria cuando la aceptación –que no el llamamiento o delación– es plural; y es que no todos los llamados tienen, esto es obvio, por qué aceptar. La comunidad hereditaria debe comprenderse, pues, como aquella situación que se genera por la aceptación concurrente de varios llamados a la herencia, llamados sin especial designación de partes, desde que precisamente aceptan hasta que se procede a su división o adjudicación a través del oportuno expediente al efecto que es la partición.

Precisiones

Debe distinguirse el estado de comunidad hereditaria del todavía muchísimo más provisional que manifiesta la herencia yacente, aquella todavía no aceptada por llamado alguno. Se dice yacente porque el conjunto de bienes parece «yacer» o «descansar» hasta que la herencia es adida.

Con mayor desarrollo, conviene señalar como, en aquellos ordenamientos en los que la herencia se adquiere mediante la aceptación –sin ir más lejos, el nuestro–, la herencia está yacente por la existencia de un periodo de tiempo, entre la apertura de la sucesión y la aceptación del llamado, en el que los bienes y relaciones que se imputaban al causante carecen de titular actual. Más específicamente, la doctrina distingue entre yacencia voluntaria y forzosa. Se habla de yacencia voluntaria en los casos en que el heredero conocido y determinado no ha aceptado la herencia, se encuentre o no deliberando para hacerlo o los bienes se encuentren por ello en administración. La yacencia forzosa tiene lugar cuando, habiendo un solo llamado, no habiendo ni pudiendo aceptar ningún otro con el que pudiera concurrir, el heredero es desconocido, no está en condiciones de aceptar la herencia (*nasciturus*) o bien no es efectiva la delación (institución condicional), por ejemplo.

El problema de la herencia yacente desde un punto de vista práctico es el de que alguien se ocupe de la misma en beneficio tanto de quienes tengan dere-

.../...

.../...

cho en ella como quienes los tengan contra ella (Albaladejo García). Como dice Lacruz Berdejo, el problema real es el de la administración y representación del caudal relicto, a fin de conservarlo para el heredero, asegurar la posición de los acreedores y crear un punto de referencia al que puedan dirigir los terceros sus pretensiones contra el causante o las nacidas luego de causarse la herencia.

Así las cosas, quien deba o pueda administrar la herencia, velar por los bienes, puede venir determinado por disposición del causante que lo establezca o bien por el Juez, de oficio o a instancia de parte interesada. De no ser así, no cabe la actuación de la herencia yacente (demandar, celebrar ventas o arrendamientos) y solo serán posibles los actos de simple conservación y administración provisional (por alguno de los llamados a ser heredero que tenga los bienes a disposición, en su poder o, incluso, por un tercero que actuara en interés de la herencia), rigiéndose los restantes por las normas de la gestión de negocios sin mandato.

De la comunidad hereditaria son **integrantes** todos los sucesores, ya herederos ya legatarios, en tanto que llamados a una parte alícuota de la herencia, una parte sin especificar de los bienes dejados por el causante, siendo precisamente este su **objeto**: el conjunto de bienes pertenecientes a la herencia, con exclusión de los que hayan sido legados especialmente, cuya propiedad se adquiere directa y automáticamente desde el fallecimiento del causante dejando a salvo una eventual renuncia al legado por el interesado.

Más allá del problema relativo acerca de su naturaleza jurídica –si se ajustara al modelo romano que como paradigma se incorpora en la legislación (art. 392 y ss. del CC) o al germánico de mano en común–, la comunidad hereditaria nos plantea un indudable problema práctico: el de su régimen jurídico, en la medida en que no cuenta en el cuerpo de la legislación con una normativa específica salvo en ese aspecto, fundamental es cierto, relativo a la partición como medio proyectado de extinción (art. 1.051 y ss.).

Precisiones

Sobre los dos modelos básicos de comunidad, así como en relación con el régimen de la que se ocupa la legislación, se remite desde aquí a la Unidad 7 de mi manual de *Derechos reales*, disponible para el alumno en el Aula Central de Grados.

Lo que se suele hacer, habida cuenta de este vacío legal, es aplicar, en cuanto sea posible, la regulación común acerca de la comunidad de bienes según el Código Civil, salvando, como se dice, la distancia entre supuestos, ya que esa normativa del Código se ocupa en rigor de la copropiedad sobre bienes en particular, y mucho más en concreto, sobre bienes de naturaleza material (condominio). Esta es la gran diferencia, pues, entre situaciones.

Con tales condicionantes, los puntos de interés en relación con el **régimen** de la comunidad hereditaria serían los siguientes:

- **Posesión y uso.** Se impondría aquí el principio de «uso solidario» –más que compartido– del artículo 394 del Código Civil, de modo que todos los coherederos, más allá de la cuota mayor o menor que tuvieran reconocida sobre la herencia, podrían usar de cualquiera de los bienes, con el necesario respeto de igual derecho que tendrían sobre ellos los demás.
- **Administración.** Se requeriría la mayoría no de sujetos sino de cuotas, de intereses para la adopción de acuerdos relativos a la gestión ordinaria de la comunidad, a la mejor administración de los bienes en definitiva (art. 398 del CC). No obstante, se entiende que cualquiera de los comuneros podría realizar los actos de necesaria conservación que vinieran a requerir puntualmente los bienes, así como ejercitar las acciones que correspondieran con tal de que fuera en beneficio de la comunidad.
- **Disposición.** Cada coheredero podrá disponer libre, individualmente de su cuota, de la parte alícuota que la atañe con respecto a la herencia (art. 399 del CC), pero nunca respecto de bienes en particular en tanto no exista entre los comuneros unanimidad; y es que cuando son más de uno los herederos cada uno de ellos, mientras de ordinario no se produzca la partición, no tiene un derecho concreto sobre ninguna de las cosas de la herencia, pues no se sabe cuál de ellas terminará en su exclusiva o concreta propiedad, sino simplemente un derecho sobre el conjunto de la herencia, como unidad patrimonial circunstancial.
- **Extinción.** La comunidad hereditaria cesará de perderse todos los bienes sobre los que recayera, por reunirse en uno solo de los titulares las cuotas que hasta entonces correspondían a los demás, pero, más habitualmente, como se ha dicho, por la particular adjudicación resultante de la partición a favor de quienes hasta ese momento integraban la comunidad. En este sentido, debe indicarse una máxima que acercaría mayormente este tipo de comunidad a la del Código Civil: su carácter incidental, marcadamente

transitorio, en cuanto el ordenamiento propendería a su extinción reconociendo a cada cotitular su imprescriptible derecho a instar la división del estado de comunidad (art. 400 del CC), punto este en que se incardina todo lo relativo a la partición, de la que pasamos a ocuparnos.

9. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA: CONCEPTO Y PROCEDENCIA

Se llama, en general, partición a la separación, división y repartimiento que se hace de una cosa común entre las personas a quienes pertenece. Y como la sucesión, en el caso de aceptar más de uno de los llamados a ella, genera una forma de indivisión o comunidad de bienes –más o menos circunstancial– es precisa la partición para que cese esa comunidad, transformando las cuotas indivisas y abstractas de cada uno de los coherederos en partes concretas y materiales.

Supone la partición de la herencia un conjunto de operaciones, hechas sobre ciertas bases o supuestos (de hecho y de derecho), por las cuales se determina el activo y el pasivo del caudal hereditario y se distribuye este entre los partícipes. A su través cesará la comunidad hereditaria, concretándose el derecho abstracto que sobre la herencia tenían reconocido hasta entonces los comunes y confiriendo a cada coheredero la propiedad exclusiva de los bienes que se le hayan adjudicado (art. 1.086 del CC).

Precisiones

La partición de la herencia es el derecho que principalmente tienen los coherederos para pedir la división de los bienes dejados por el causante. Por la partición de la herencia se pone término a la indivisión sucesoria, con el objeto de distribuir los bienes hereditarios entre los coherederos y legatarios, dando a cada uno la parte que le corresponde, de acuerdo con la voluntad del causante o de las expresas disposiciones legales.

Definida así, la de instar la partición se antoja facultad principalísima en cuanto inherente a la propia condición de comunero, desea esa concepción que alberga nuestro Derecho sobre la comunidad de bienes como género circunstancial que no conviene por su carácter antieconómico que perdure. Proclama, así, el artículo 1.051 del Códi-

go Civil, de acuerdo con lo ya establecido en el artículo 400, que «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia». El principio general es, pues, el de la divisibilidad de la herencia que, en cuanto principio, encuentra las siguientes excepciones:

- **Prohibición del testador.** El artículo 1.051 excepciona el carácter forzoso inmediatamente al decir: «a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando lo prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas, por las cuales se extingue la sociedad». Esta remisión obligará a realizar una adaptación de los artículos 1.700 y concordantes del Código Civil a la situación de indivisión hereditaria, llegándose a la conclusión de que si el testador no ha puesto plazo alguno, cualquier heredero podrá pedir la partición, a pesar de la prohibición por aplicación del artículo 1.700, número 4.º, en relación con el artículo 1.705, según el cual la sociedad quedará extinguida si tal es la voluntad de cualquiera de los socios, en tanto no se hubiera establecido un término de duración para la sociedad o no resultare de la naturaleza del negocio para el que la sociedad hubo de constituirse.

  Si el testador hubiera impuesto, en cambio, un plazo, se pregunta la doctrina si este tiene algún límite. Un sector (Roca Sastre, Castán Tobeñas) opina que no existiría, pudiendo ser, entonces, el tiempo que quiera. Pero la visión mayoritaria (Sánchez Román, Albaladejo García, O'Callaghan Muñoz) mantiene el límite de los diez años que establece el artículo 400 para la comunidad de bienes.

- **Convenio entre los herederos.** Asimismo, es válido el pacto de conservar la herencia indivisa por tiempo determinado que no exceda de 10 años, prorrogables por nueva convención (art. 400). La doctrina científica no vacila en admitirla por aplicación analógica del precepto citado, establecido para la comunidad de bienes, y del que la comunidad hereditaria es expresión muy característica.

- ***Nasciturus*.** Norma especial frente a las anteriores, más propias de la dinámica de la comunidad sucesoria, es la contenida en el artículo 966 del Código Civil, por cuya virtud, en caso de que fuera razonable que la viuda del causante estuviera encinta al tiempo de fallecer este, la división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta, poniéndose la herencia en administración judicial mientras tanto, pudiendo el administrador pagar a los acreedores si así lo acuerda el Juez.

10. CLASES DE PARTICIÓN

10.1. PARTICIÓN JUDICIAL

Se refiere a ella el artículo 1.059 del Código Civil, estableciendo que:

> «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La expresión «heredero» debe comprender a los demás sujetos legitimados para pedir la partición –con arreglo a lo que veremos en el siguiente epígrafe–, y la referencia a que sean mayores de edad no significa que haya de acudir a la partición judicial cuando haya algún menor de edad, sino que este será representado por su representante legal.

10.2. PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL

La partición extrajudicial, a su vez, puede ser «anticipada» por el testador, a través de contador-partidor o convencionalmente acordada entre los herederos. Veamos cada una de ellas.

10.2.1. Partición realizada por el propio testador

Esta partición la prevé el artículo 1.056 del Código Civil en cuya virtud:

> «Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos».

Una simple aplicación particular de esta facultad de hacer la partición es el derecho que se concede al testador que, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados –no siendo necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago y resultando posible realizar el abono con efectivo extrahereditario– y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del causante (art. 1.056, párrafo 2.º).

En realidad, la partición hecha por el testador presenta una naturaleza singularísima pues vendrá a evitar la comunidad hereditaria, con lo que podría cuestionarse hasta como verdadera partición: más bien, estaríamos ante un caso de adjudicación directa de bienes o lotes, válida en tanto se respete a su través el derecho de los legitimarios, si es que existen en el supuesto.

El Código permite que sea realizada por actos ínter vivos o mortis causa. La hecha ínter vivos significa que puede hacerse en forma libre, en documento público, privado o incluso verbalmente fuera del testamento. En todo caso la partición realizada por el testador requiere que haya otorgado testamento y que se haga entre los herederos testamentarios de los bienes dispuestos en el testamento, sea este anterior, posterior o simultáneo.

10.2.2. Partición practicada por comisario o contador-partidor

Puede el testador «encomendar por actos ínter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos» (art. 1.057, párrafo 1.º); no debe ser uno de los herederos para evitar la parcialidad o la desconfianza que inspiraría a los demás.

El Código Civil, en el párrafo 2.º del mismo artículo 1.057, denomina **comisario** a la persona designada por el testador para hacer la partición. En las leyes procesales y en el uso forense se llama a estas personas **contadores-partidores**. En cualquier caso, el Código recoge la figura del contador-partidor en ese precepto a parte de los dedicados a los albaceas. Pero como no reglamenta adecuadamente la institución, esta falta de normas legales ha tenido que ser suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que viene equiparando, por virtud de la semejanza que guarda, el cargo de contador o comisario al de **albacea**. Pero en realidad se trata de cargos distintos, por la función especial que se les encomienda: al contador hacer la partición y al albacea todo lo demás conducente a la ejecución del testamento –menos contar y partir–, lo que no impide que se puedan acumular ambas funciones.

Precisiones

El albacea es en principio cargo distinto del comisario o contador-partidor; aunque nada impide que el testador acumule a las tareas del primero la de uno de los otros dos, e incluso que le atribuya las de ambos. Pero de suyo,

.../...

.../...

como se dice, puede separarlas, encomendándole al primero la representación y ejecución general en lo sucesorio, y al segundo la parte estrictamente de tasaciones y liquidaciones hereditarias Es, así, que la función del albacea es la genérica de cumplir y ejecutar lo que el causante ha ordenado en su testamento, por lo que sus concretas facultades serán las que establezca el testador, con arreglo a las leyes; y, si no las hubiere concretado, el albacea «como ejecutor testamentario» tendrá los necesarios poderes, según las circunstancias para cumplir la voluntad del causante y custodiar sus bienes hasta la partición.

El cargo de contador-partidor es personalísimo, voluntario (arts. 898 y 899), temporal y, en principio, gratuito, ya que el testador bien puede señalar para él retribución (art. 908).

El Código autoriza al testador a nombrar uno o varios contadores-partidores y puede hacer su nombramiento por acto ínter vivos o mortis causa.

Frente al contador-partidor designado por el testador, el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil se refiere al **contador-dativo**, al decir que «no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios».

10.2.3. Partición hecha por los propios herederos (partición convencional)

Dispone el artículo 1.058 del Código Civil que:

> «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores, y tuvieren la libre administración de sus bienes podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

La unanimidad que entre coherederos requiere este tipo de partición hace que manifieste escasos problemas prácticos, pues en cuanto exista oposición de alguno de ellos, se tornará inviable.

Ante la imposibilidad de llegar a acuerdo unánime, lo que cabrá será instar la partición judicial o, al menos, solicitar del Juez que nombre un contador dativo, para lo que, como sabemos, se requiere que con la solicitud se aporte conformidad de quienes representen al menos el 50 por 100 del haber hereditario.

Precisiones

Pese a la literalidad del artículo 1.058 del Código Civil, habría que distinguir los casos en los que la partición se hace entre personas plenamente capaces, mayores de edad y que tuvieren la libre administración de sus bienes, y aquellos en que existan personas en quienes no concurran dichas condiciones, en los que aún podría consentirse la partición pero por sus representantes; tal es el espíritu del precepto, no otro. Así, por ejemplo, si son menores de edad deberán estar representados por sus padres titulares de la patria potestad, y en los casos de conflicto de intereses, por un defensor judicial. Pero, si carecen de padres o estos se encuentran privados de la patria potestad, les representará el tutor, debiéndoseles nombrar un defensor ad hoc de ser preciso.

10.3. PARTICIÓN ARBITRAL

La **partición arbitral** puede tener lugar de acuerdo con los siguientes procedimientos:

- **Por contrato de compromiso** (conforme a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). En este caso, los sujetos de la partición nombrarán un árbitro cuya misión es hacer la partición, que aceptarán y a la que se someten. El contrato deberá ser suscrito por todos los coherederos (principio de unanimidad operativo también aquí) para que la partición pretendida, en los términos que determine el árbitro designado, pueda tener lugar.
- **Mediante arbitraje instituido por disposición testamentaria**, con fundamento en el artículo 10 de la citada Ley de Arbitraje, según el cual «también

será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia». Se trataría del llamado arbitraje testamentario o por testamento, que, como vemos, no podría operar habiendo legitimarios.

- **Mediante nombramiento de un contador-dativo**, la cual, vista antes con arreglo al segundo párrafo del artículo 1.057 del Código Civil, entiende un sector doctrinal que presentaría, antes bien, plena naturaleza arbitral.

11. LEGITIMACIÓN PARA PEDIR LA PARTICIÓN E INTERVENCIÓN DE LOS ACREEDORES

11.1. SUJETOS LEGITIMADOS PARA PEDIR LA PARTICIÓN

El principio general recogido en el artículo 1.051 del Código Civil es que todos los coherederos, como integrantes de la comunidad hereditaria, están legitimados para pedir la partición, ya que dice que «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión»; por tanto, podrán, cuando los medios amistosos no den resultado, acudir al ejercicio de la acción de partición de la herencia que es imprescriptible en tanto la situación de comunidad se halle vigente (arts. 1.052, párrafo 1.º, y 1.965 del CC).

Los coherederos deben tener las siguientes condiciones para pedir la partición:

- Tener el carácter de heredero de forma efectiva, tener derecho definitivo sobre la herencia (requisito objetivo). Si el heredero estuviere instituido bajo condición suspensiva, no podrá pedir la partición hasta que aquella se cumpla, según dispone el artículo 1.054 del Código Civil, el cual, a continuación, dice que podrán pedirla los otros coherederos asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición, y hasta saberse que esta ha faltado o no puede ya verificarse se entenderá provisional la partición.
- Tener la libre administración y disposición de sus bienes (requisito subjetivo). Así lo expresa el artículo 1.052, es decir, capacidad de obrar plena. Por tanto, cuando carezca de ella, deberá actuar el representante legal o ser completada.

  El artículo 1.052 del Código Civil, párrafo 2.º, dice que por los incapacitados o ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos.

Por los menores e incapacitados la pedirán en su nombre los padres o el tutor.

El menor emancipado precisará de la intervención de sus padres o del curador.

Por el ausente la pedirá su representante legal.

Respecto de los cónyuges, el artículo 1.053 del Código Civil dice, por su parte, que cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la herencia sin intervención del otro (precepto innecesario en la actualidad).

Pero hay otras personas legitimadas para pedir la partición, que son:

- Los herederos del heredero que muera antes de hacer la partición, entendiéndose que cualquiera de ellos puede por sí solo pedir la partición; pero si la piden varios, habrán de comparecer bajo una sola representación (art. 1.055 del CC).
- El cónyuge supérstite y los legatarios de parte alícuota.
- Los cesionarios de los herederos o legatarios de parte alícuota, pues se infiere así de varios preceptos, entre ellos del artículo 403 del Código Civil, referente a la división de la cosa común, y del 1.055, que se refiere expresamente a los herederos de los herederos.
- Los acreedores particulares del heredero, cuando este haya repudiado la herencia en perjuicio de aquellos, pueden ser autorizados por el Juez para aceptar la herencia (art. 1.001) cuya lógica consecuencia es el derecho a pedir la partición a los efectos limitados de obtener el pago del importe de sus créditos.
- Los acreedores de la herencia.

11.2. INTERVENCIÓN DE LOS ACREEDORES (DE LA HERENCIA Y DE LOS HEREDEROS)

Distinta de la legitimación al efecto de instar propiamente la partición de la herencia es la legalmente admitida intervención de los acreedores en la partición instada por otro, básicamente por los coherederos.

En primer lugar, establece el artículo 1.082 del Código Civil respecto a los **acreedores de la herencia**, los acreedores hereditarios, quienes siempre que estén reconocidos como tal podrán «oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta

que se le pague o afiance el importe de sus créditos. Se trata de una previsión cuyo fundamento se encuentra en el axioma de que antes es «pagar que heredar», y que viene a atender a la utilidad de los acreedores, a los cuales de este modo se les evita dirigir la acción contra los herederos en particular.

Precisiones

Como enfatiza el artículo 1.082 del Código Civil, este derecho se concede solo a los acreedores reconocidos como tales, que son los que admitan los herederos, los que ostenten una escritura o título que haga prueba plena o los que prueben judicialmente la existencia de su crédito.

Particularmente, se ha entendido razonablemente que los acreedores cuyos créditos estuvieran asegurados con garantía real, prenda, hipoteca o anticresis, o debidamente afianzados, no se podrán oponer a la partición, pues a ellos en ningún momento puede perjudicar la partición. La doctrina estima que estos acreedores tienen el derecho de intervenir en la partición para que esta no se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. Facultad reconocida a los acreedores de los herederos, como enseguida veremos, que, por básica, mínima en este elenco que aquí se trata, debe con más razón reconocerse a los acreedores hereditarios.

El artículo 1.083 del Código Civil, por su parte, dispone que «los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos».

En ambos supuestos, sea el del artículo 1.082 del Código Civil, sea el de la norma siguiente, si, no obstante la oposición formalmente planteada de los acreedores, se lleva a efecto la partición, se aplica, según la doctrina, por analogía el artículo 403 del Código Civil que contempla el supuesto de división de la cosa común contra la oposición de los acreedores de los partícipes, permitiendo su impugnación, salvo siempre el derecho de los demandados para sostener su validez.

12. OPERACIONES PARTICIONALES

No hay ningún precepto concreto que señale el orden con que han de hacerse las particiones, por lo que para efectuar la partición hereditaria habrá que tener en cuenta al

final multitud de artículos relativos a las sucesiones (legítimas, mejoras, legados, etc.), y, en el caso de que el causante estuviera casado al tiempo de fallecer, también al régimen matrimonial de bienes.

Desde un punto de vista formal, el conjunto de operaciones particionales se plasma de ordinario en un documento llamado cuaderno particional que en la práctica se distribuye en las siguientes partes:

- Una parte preliminar que comprende el encabezamiento expresivo de la naturaleza del acto y el caudal a que se refiere, la persona o personas que realizan la partición, los títulos en cuya virtud practican su cometido y los llamados supuestos de hecho y de Derecho de la concreta sucesión, con referencia al fallecimiento del causante, su estado civil, clase de sucesión, nombre de herederos y legatarios, y demás circunstancias que puedan influir en la partición.
- El cuerpo propiamente dicho de la partición, constituido por las operaciones particulares que pueden reducirse a tres:
  - Relación de bienes (inventario y avalúo).
  - Liquidación.
  - Formación de lotes y adjudicación.
- Y un resumen general, el cual sirve de comprobación a toda la operación particional, al que se suelen añadir ciertas declaraciones y estipulaciones finales, de objeto diverso.

Por tanto, las operaciones particulares constituyen, como se ha dicho, el cuerpo de la partición, exponiéndose brevemente a continuación.

12.1. RELACIÓN DE BIENES: INVENTARIO Y AVALÚO DE LA MASA HEREDITARIA

Se trata el **inventario** de la relación de los bienes y derechos y de las deudas que constituyen el patrimonio hereditario, descritos o detallados de manera que queden suficientemente individualizados e identificados. También se incluirán los frutos y rentas de los bienes hereditarios hasta el momento de su adjudicación, pero, de no inventariarse,

corresponderá estar al artículo 1.063 del Código Civil, el cual dispone que los coherederos deberán abonarse recíprocamente en la partición los frutos y rentas que cada uno haya recibido de los bienes hereditarios.

El **avalúo**, en cuanto operación contigua, es, por su parte, la tasación o valoración de cada uno de los bienes y derechos y, en su caso, deudas, que figuren en el inventario con relación al momento en que se hace la partición y con arreglo al valor de mercado. Esta valoración puede practicarse por el propio testador, por acuerdo de los herederos, por arbitraje, por peritos o por contadores-partidores.

12.2. LIQUIDACIÓN

La **liquidación** consiste en deducir del activo bruto de la herencia el pasivo, quedando así el activo neto. Se deducirá, así, la cuota de la comunidad conyugal (de gananciales o cualquier otra) que no corresponda al causante. Igualmente, se deducirán las deudas particulares del difunto, los gastos de última enfermedad y los de partición. Respecto de estos, el Código dice que «los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos serán a cargo del mismo» (art. 1.064).

Frente a lo que puede resultar del citado axioma «antes pagar que heredar», no es necesario para avanzar en la partición que esta etapa se concluya con el efectivo pago de las deudas. Basta con que se prevea su abono, reservándose una serie de bienes a tal fin o adjudicando bienes a alguno de los herederos –o a un tercero– para que las pague.

12.3. FORMACIÓN DE LOTES (DIVISIÓN) Y ADJUDICACIÓN

Los bienes se agruparán en lotes de igual valor y composición en la medida de lo posible siempre que las cuotas sean iguales, claro está, para adjudicarse mediante sorteo –salvo acuerdo entre los herederos a favor de otro sistema– a cada heredero. La formación de lotes o división en sentido estricto de la herencia y la adjudicación, que será el título traslativo de los bienes cuya titularidad corresponda a cada heredero, vendrían a suponer la etapa distintiva de la partición en cuanto acto jurídico; la liquidación, la deducción de las deudas, se paguen en el momento o no, procedería siempre, aun cuando uno solo de los llamados hubiera aceptado la herencia.

Cada heredero recibirá, pues, su hijuela con referencia, primero, a la que fuera la participación del interesado en la herencia, haciendo constar a continuación aquellos bienes inventariados que se le adjudican para cumplimentar con aquella.

El Código sí que establece reglas relacionadas con la división y adjudicación final de los bienes hereditarios, así:

- En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie (art. 1.061).
- Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga (art. 1.062).

Precisiones

Como afirman Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, los artículos 1.061 y 1.062 no rigen cuando la partición la hace el testador, porque su libertad es total en esta materia (art. 1.056), ni tampoco cuando la efectúan los propios coherederos entre sí, porque pueden partir como tengan por conveniente (art. 1.058).

- Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas o frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia (art. 1.063).
- Los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran (art. 1.065). Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos herederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuese igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda. Siendo original, aquel en cuyo poder quede deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren (art. 1.066).

- Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta o carga real perpetua, no se procederá a su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare. No acordándolo así, o siendo la carga irredimible, se rebajará su valor o capital del de la finca, y esta pasará con la carga al que le toque el lote o adjudicación (art. 1.086).

En este punto, corresponde empezar a hablar de la colación, de la consecuente imputación del valor de los bienes recibidos que en su caso hubieran recibido en vida del causante a título lucrativo cualquiera de los legitimarios si es que concurren varios. A ella dedicaremos justamente el último epígrafe de esta Unidad, en cuanto no debe reducirse su consideración a mera operación contable; es una institución con un fundamento de índole superior, alejado de la esencia divisoria del expediente particional, y que justifica que se trate por separado, amén de por presentar una serie de requisitos específicos que hace que no todo heredero (solo los legitimarios y tampoco en todos los casos) deba imputar lo recibido gratuitamente del causante mientras vivía con cargo a su hijuela.

Precisiones

En rigor, siempre en esa su dimensión meramente formal, más que ante una operación particional stricto sensu nos encontraríamos ante una incidencia transversal con respecto a la partición, signada además por presentar un carácter relativo en cuanto dejaría al margen a los sucesores no afectados, por no ser legitimarios. Es la opinión de Albaladejo García, aunque no se manifieste de acuerdo con la concreta calificación que aquí se mantiene. En su opinión, es una operación particional en dos aspectos: primero, «en cuanto para calcular el total que corresponde a los sucesores entre los que opera la colación, hay que sumar lo que el causante les dio en vida (*donatum*) a lo que les toca de su herencia (*relictum*)», teniendo en cuenta que si, además de las personas entre las que opera la colación (herederos forzosos), heredan al causante otras (herederos meramente voluntarios, por no contemplarse en la ley como legitimarios), estas quedarían al margen del asunto, juzgándose respecto de ellas el caso como si no hubiese colación; segundo, «en cuanto que pagar la parte que corresponda al colacionante, se imputa en su lote lo que recibió en vida del difunto, dándoselo de menos en bienes del *relictum*».

En tal dirección, el Supremo, por su parte, todavía habría mantenido (en Sentencias de 16 de junio de 1962, 21 de abril de 1997 y 19 de mayo de 2008, entre otras) que, aun no siendo colacionables por operar la dispensa de la colación en el caso, no podría prescindirse en el inventario general de los bienes del causante de las donaciones efectuadas en vida por el causante a favor de

.../...

.../...

quien fuera uno de sus legitimarios al objeto de imputarlas donde resultase preciso (en la parte de libre disposición, entiéndase de operar, como era el caso, la dispensa); donde con más razón se habrían de incorporar al inventario si procedería traer a colación los bienes. Aunque, en otros fallos (por ejemplo, el reciente de 19 de mayo de 2011) sería mucho más concluyente para lo que aquí se quiere expresar, al definir la colación «como operación no tanto de la partición sino como previa a la misma».

13. EFECTOS DE LA PARTICIÓN

El **efecto inmediato** de la partición es la extinción de la comunidad hereditaria y la transformación de la cuota de cada heredero en una propiedad sobre bienes concretos. Como prescribe el artículo 1.068 del Código Civil, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

Conviene precisar que los derechos existentes a favor de tercero con anterioridad sobre bienes hereditarios, no se modifican con la partición, si es que ya se hubieran manifestado oponibles antes de ella; así, por ejemplo, la partición no podría suponer la extinción de la hipoteca que pesare sobre una finca integrante del haber hereditario, al menos no, si su titular no manifestara su expresa conformidad consecuente al abono que se le realizara durante la partición como expediente (art. 1.086 del CC).

Añade, por otro lado, el artículo 1.069 del Código Civil que, «hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados». La finalidad de esta disposición es mantener la igualdad o proporcionalidad de la partición, que queda destruida cuando alguno de los coherederos se ve privado del goce normal de los bienes que se le hubieran adjudicado. Se trata de una obligación recíproca y proporcional a la cuota hereditaria que les corresponda en virtud de lo que se les haya adjudicado, los bienes o derechos concretos. En todo caso, esta garantía legal entre coherederos no produce nunca la resolución de la partición sino únicamente el pago de una indemnización. Así lo ordena el artículo 1.071 del Código Civil en cuya virtud:

> «La obligación recíproca de los herederos a la evicción [se ha de entender también al saneamiento por vicios ocultos] es proporcionada a su respectivo haber hereditario, pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de

su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado. Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore su fortuna».

Precisiones

Con todo, dispensa el artículo 1.070 del Código Civil a los coherederos de responsabilidad en los siguientes supuestos:

- Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a menos que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.
- Cuando se hubiere pactado expresamente al hacer la partición.
- Cuando la evicción (o necesidad de saneamiento) proceda de causa posterior a la partición o fuere ocasionada por culpa del adjudicatario.

En relación con este tema, el Código dispone en el artículo 1.072 del Código Civil una norma especial en caso de adjudicación de créditos. En este sentido:

> «Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y solo responderán de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición. Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad, pero, si se cobran en todo o en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos».

14. LA COLACIÓN

14.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Se habla de **colación** para significar la ideal agregación de ciertos bienes o valores recibidos del causante por uno o varios herederos forzosos –legitimarios– en el caso de que concurran con otros de la misma naturaleza. En esta acepción, puede ser definida como la aportación que, en su actual valor, deben hacer a la masa hereditaria los herederos forzosos que concurran con otros que también lo sean, de los bienes que hubieren

recibido de manos del causante a título gratuito mientras vivía, al objeto de computarlos a la porción sucesoria que les corresponda respecto de su herencia, de forma que tomen de menos de los bienes efectivamente dejados por el causante al fallecer (art. 1.035 del CC).

EJEMPLO 1

Si Pedro muere, abintestato, con un patrimonio que alcanza los dos y dejando tres hijos, a uno de los cuales le hubiera donado una casa cuyo valor actual asciende a uno, por virtud de la colación el donatario no tendría derecho a recibir ningún otro bien puntualmente a cargo de la herencia.

La colación presenta un **fundamento** netamente familiar: la presunción de que el causante no ha querido, salvo que haga constar que otra es su voluntad sea al entregar esos bienes en vida o posteriormente, tratar desigualmente a sus herederos forzosos. Se trataría de una institución de indudable repercusión para el cómputo del haber hereditario –pues al traer los bienes a colación imputando su valor al momento, el activo de la herencia quedará consecuentemente ampliado– con la consiguiente corrección final de lo que habría de tocar a cada uno de no operar la colación; pero también, antes, para saber si el causante ha cumplido con la exacta legítima que por ley le corresponde a cada uno de los herederos forzosos, cautela cuando llame a partes iguales al conjunto de la herencia (como herederos universales) pero no cuando entre ellos distribuya sus bienes con patente desigualdad o llame a terceros.

Precisamente, de su fundamento surge la necesidad de que concurran a la sucesión, en calidad de herederos, varios legitimarios; pero también que los no legitimarios, esto es, los coherederos sin derecho a legítima, los legatarios de cualquier clase y mucho menos los acreedores del difunto no estén obligados a colacionar si hubieran recibido de él algún bien a título lucrativo, aunque tampoco a valerse de la colación a realizar por cualquiera de los que sí son herederos y legitimarios.

Precisiones

Véase el ejemplo que ofrece González García, por el cual:

.../...

.../...

Juan instituye por partes iguales a sus hijos Pedro, Pilar y Antonio (legitimarios) y a su amigo Federico (heredero no forzoso). A Antonio le había donado una finca valorada en 15, siendo el valor líquido de los bienes relictos de 80. Como el heredero no legitimario (Federico) no puede beneficiarse de la colación, le corresponderán bienes hereditarios por valor de 20. Descontado ese valor (20) del caudal relicto, resulta que en este quedan bienes por valor de 60. La nueva masa hereditaria a tener en cuenta para determinar la cuota de los herederos legitimarios será de 75: 60 de bienes hereditarios más el valor de lo donado a Antonio (15). Al corresponderles una cuota igual, esta tiene un valor de 25. A Pedro y a Pilar se le adjudicarán bienes por valor de 25, y a Antonio por valor de 10, que, sumado al valor de la donación que ha tomado de menos, cubren la cuota (25) que le corresponde en la sucesión.

14.2. PRESUPUESTOS

Para que la colación tenga lugar, resulte obligada para el heredero de turno, se requieren cuatro **condiciones fundamentales**, a saber:

- Que concurran a la sucesión varios herederos forzosos, sea la sucesión testamentaria o abintestato (art. 1.035 del CC).

  Lógicamente, se precisa que el heredero a quien se pida la colación quiera serlo, ya que, si repudia la herencia, no está obligado a colacionar, salvo rebasar la parte de libre disposición del *de cuius*, por supuesto (art. 1.036 del CC).

  Entre los herederos llamados a colacionar están comprendidos los descendientes de segundo o ulterior grado que hereden por derecho de representación, los cuales han de colacionar lo que colacionaría su padre si viviera, pero también lo que ellos hayan recibido del causante de la herencia durante la vida de este, salvo que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, si no perjudicare a la legítima de los coherederos (art. 1.038 del CC).

  Asimismo, es perfectamente posible que el testador haya querido cumplir con la legítima correspondiente asignando en su testamento a quien se trate uno o varios bienes a título de legado y no nombrándole heredero; pues bien, en este caso, no habrá obligación de colacionar.

- Que alguno de dichos coherederos haya recibido del causante de la herencia, en vida de este, bienes o valores, por donación u otro título lucrativo (art. 1.035 del CC), en cuanto de no haber sido otra la voluntad del causante en su día, se han de reputar las adquisiciones vinculadas anticipo de legítima.
- Que el bien en su día transmitido se encuentre entre los que, genéricamente o para el caso concreto, se juzga colacionable (ex art. 1.041 y ss. del CC).
- Que, aun cumpliéndose los tres presupuestos anteriores, el causante no haya excluido la colación expresamente (art. 1.036 del CC), de lo que surge la disponibilidad de todo el régimen de la colación en consonancia con su mentado fundamento. La colación podrá dispensarse por el causante en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato, del negocio traslativo del bien o posteriormente, en otro acto ínter vivos o en su propio testamento.

14.3. BIENES COLACIONABLES

Desde un punto de vista objetivo, cabe sutilizar clasificando los bienes en cuestión en absolutamente colacionables (que lo son por principio, salvo dispensa expresa por el causante) y relativamente colacionables (transmisiones lucrativas que solo lo serán dándose determinadas circunstancias, y mientras, claro está, no opere dispensa en el caso de parte del causante).

Son, así, absolutamente colacionables:

- Los bienes recibidos por el heredero, en virtud de donación u otro título lucrativo (art. 1.035).
- Las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldados, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos (art. 1.043).
- Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos, en la parte que excedan de un décimo o más de la parte de libre disposición (art. 1.044).
- Las donaciones hechas conjuntamente al hijo y a su consorte, que han de ser colacionadas por el hijo únicamente en cuanto a la mitad del valor de la cosa donada (art. 1.040).

Son relativamente colacionables:

- Los gastos que el padre hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística, en los casos excepcionales de que aquel disponga que se colacionen o de que perjudiquen a la legítima de los demás; pero, aun en estos casos, en que procede colacionarlos, se rebaja de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres (art. 1.042).
- Los bienes dejados en testamento, cuando el testador así lo dispusiere o se perjudicaren las legítimas (art. 1.037).

14.4. BIENES NO SUJETOS A COLACIÓN

Correlativamente, se expresan no colacionables:

- Los donados por los ascendientes a sus nietos, cuando no hereden estos, sino los padres (art. 1.039).

EJEMPLO 2

Si Pedro dona en vida un bien al hijo de su hijo Manuel, si le hereda este finalmente, no tendrá que traer a colación aquello que recibiera su hijo del causante.

- Las donaciones hechas al consorte del hijo (art. 1.040).
- Los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre (art. 1.041).
- Los gastos sufragados en relación con la carrera profesional o artística del beneficiado (art. 1.042).
- Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos (art. 1.044).
- Lo dejado en testamento (art. 1.037).

14.5. EFECTOS DE LA COLACIÓN

La colación no exige devolver, restituir los bienes que se hubieran recibido antes del causante, sino su adición al objeto de imputarse a la parte que haya de corresponder finalmente al heredero colacionante. No habría por la colación aportación *in natura*, sino imputación de su valor, de suyo, pues, de forma intelectual o contable. Establece, así, el artículo 1.045 del Código Civil, párrafo 1.º, que «no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios». De ahí que, como añade su siguiente párrafo, el aumento o deterioro físico posterior (de las cosas donadas) y aun su pérdida total, casual o culpable, resulte a cargo y riesgo, o beneficio, según sea el caso, del colacionante.

Precisiones

Con respecto a los frutos, intereses o rentas de los bienes a colacionar, dice el Código, manteniendo siempre un mismo criterio, que no se deberán «a la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión» (art. 1.049).

Valorada su anterior adquisición de tal manera, y atento el Código al propósito de igualación entre herederos forzosos que fundamenta la colación:

- El colacionante tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, «en cuanto sea posible», en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (art. 1.047).
- No pudiendo verificarse lo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización, y no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria. Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos solo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección (art. 1.048).
- En todo caso, si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar o sobre los objetos que han de traerse a colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, siempre que se aporte la correspondiente fianza o cualquier otra garantía suficiente de que se responderá del valor de lo no colacionado pero discutido al efecto (art. 1.050).



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- La **aceptación hereditaria** es la declaración de voluntad del llamado a una herencia en virtud de la cual asume la cualidad de heredero. Se trata de un negocio jurídico unilateral por el que se declara querer ser efectivamente heredero y adquirir, consecuentemente, la herencia.

- La aceptación puede ser **pura y simple** o **a beneficio de inventario**. La primera es la que, por no producirse bajo la cláusula especial del beneficio de inventario, produce efectos ilimitados. La segunda es aquella que por hacerse bajo esta reserva, produce los efectos especiales y restringidos que se resumirán aquí en punto separado

  A su vez, la aceptación pura y simple puede resultar expresa y tácita, y es que no cabe ni se prevé en nuestro ordenamiento una aceptación a beneficio de inventario tácita. La aceptación expresa es, así, la que se hace en documento público o privado. Es tácita la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

- En cuanto al **plazo de la aceptación**, el llamado puede aceptar en cualquier momento en tanto no prescriba la acción para adir la herencia (que se entiende lo hace a los treinta años), y ello por cuanto no hay un plazo predeterminado para hacerlo. Solo cuando hay otras personas interesadas en que se defina la situación puede requerirse al heredero para que diga si acepta o no; es la *interpellatio in iure* del artículo 1.005 del Código Civil, según el cual «instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a este un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada». Los interesados pueden ser desde una persona cuyo llamamiento se encuentra supeditado a que no se concrete la delación en favor de aquel a quien se interpela (por ejemplo, el instituido sustituto en testamento para el caso de que el primer llamado no acepte), como los acreedores de este.

- En sentido contrario, la **repudiación** consiste en aquella declaración expresa y formal del llamado a la herencia, por la que manifiesta que renuncia a adquirirla. Inversa aunque análogamente a la aceptación, nos encontramos ante un negocio jurídico unilateral por el que se renuncia a la adquisición de la herencia y a la cualidad de heredero.

- Para evitar los efectos que se producen con la aceptación pura y simple, el ordenamiento español atribuye al heredero un poder o facultad con el fin de limitar su responsabilidad a los bienes de la herencia (responsabilidad *intra vires hereditates*) quedando esta como un patrimonio en liquidación de sus deudas y cargas, separado del patrimonio del heredero, al que pasará lo que quede de la liquidación. Puede ser definido, por tanto, el **beneficio de inventario** como la facultad concedida por la ley a los herederos para aceptar la herencia con la modalidad de no responder de las obligaciones del finado ilimitadamente, sino solo hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios. El beneficio de inventario evita, por tanto, la confusión de patrimonios y la responsabilidad del heredero con sus bienes propios, de tal manera que estos quedarán inmunes frente a los acreedores de la herencia y también frente a los legatarios establecidos por el testador.
- La **forma de solicitar el beneficio** de inventario requiere necesariamente una declaración de voluntad expresa y solemne en tanto que debe hacerse ante Notario, o por escrito ante los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría o abintestato.
- En cuanto al **plazo para instar el beneficio**, podrá pedirse al aceptar o después, pero en todo caso:
    - Dentro del término de los diez días siguientes en que el interesado se supo llamado a la herencia, si tiene en su poder los bienes (todos o algunos) de la herencia y reside en el lugar donde falleciera el causante, y de los treinta, si reside fuera.
    - O, no teniendo los bienes hereditarios en su poder, dentro de los antedichos diez o treinta días contados desde el siguiente al que se convirtió en heredero (por aceptación expresa o acto asimilado), con el tope de que nunca lo haga después del vencimiento del plazo que habría tenido para aceptar la herencia.
- El **derecho de deliberar** es, por su parte, la facultad concedida al heredero para examinar el estado de la herencia, al objeto de aceptar o repudiar. Presupone la formación de un inventario que se hará en la misma forma y plazo que en el beneficio de inventario.

  Por solaparse en su función con la facultad de aceptar a beneficio de inventario, el derecho de deliberar goza de muy escasa aplicación, ya que existiendo aquella posibilidad no presenta mayor ventaja práctica hacer uso de él. Al contrario, este derecho vendría a complicar la situación del heredero,

quien debe primero solicitar la realización de un inventario; una vez realizado, expresar si acepta o repudia la herencia y, si acepta, determinar si lo hace pura y simplemente o a beneficio de inventario. Con lo que se demuestra mucho más sencillo –y eficaz– interesar directamente la aceptación a beneficio de inventario, para conseguir el propósito deseado: no quedar «personalmente» perjudicado como consecuencia de la herencia a la que se es llamado.

Con todo, se puede encontrar una utilidad a este derecho: la de contar con más tiempo para aceptar o repudiar cuando el heredero es urgido (ex art. 1.005 del CC) a que acepte o repudie. En todo caso, desde un punto de vista estrictamente legal, no es imprescindible para hacer uso del derecho de deliberar que se haya compelido a su titular a definirse, pues como derecho es de libre ejercicio por su parte con independencia.

- Como uno de los efectos de la aceptación hereditaria, surge la **comunidad hereditaria** cuando la aceptación, que no el llamamiento o delación, es plural. La comunidad hereditaria debe comprenderse, en consecuencia, como aquella situación que se genera por la aceptación concurrente de varios llamados a la herencia, llamados sin especial designación de partes, desde que precisamente aceptan hasta que se procede a su división o adjudicación a través del oportuno expediente al efecto que es la partición.

  De la comunidad hereditaria son integrantes todos los sucesores, ya herederos, ya legatarios, en tanto que llamados a una parte alícuota de la herencia, una parte sin especificar de los bienes dejados por el causante, siendo precisamente este su **objeto**: el conjunto de bienes pertenecientes a la herencia, con exclusión de los que hayan sido legados especialmente, cuya propiedad se adquiere directa y automáticamente desde el fallecimiento del causante dejando a salvo una eventual renuncia al legado por el interesado.

  En cuanto al régimen jurídico de la comunidad hereditaria, este suele obtenerse con remisión a la normativa genérica del artículo 392 y siguientes del Código Civil referentes a la comunidad de bienes, en la medida que sea posible. Así se habrán de resolver las cuestiones atinentes a la posesión y uso de los bienes (que será solidaria en favor de todos), la administración y gestión de la comunidad y de los bienes que conforman el caudal relicto, la disponibilidad de cuotas (disposición libre por parte de cada heredero) o bienes (para la cual se requerirá de la unanimidad), etc.

- Supone la **partición** de la herencia un conjunto de operaciones, hechas sobre ciertas bases o supuestos (de hecho y de derecho), por las cuales se determi-

na el activo y el pasivo del caudal hereditario y se distribuye este entre los partícipes. Precisamente, su través cesará la comunidad hereditaria, concretándose el derecho abstracto que sobre la herencia tenían reconocido hasta entonces los comunes confiriendo a cada coheredero la propiedad exclusiva de los bienes que se le hayan adjudicado. El efecto inmediato de la partición es, pues, la extinción de la comunidad hereditaria y la transformación de la cuota de cada heredero en una propiedad sobre bienes concretos.

- Finalmente, se habla de **colación** para significar la ideal agregación de ciertos bienes o valores recibidos del causante por uno o varios herederos forzosos –legitimarios– en el caso de que concurran con otros de la misma naturaleza. En esta acepción, puede ser definida como la aportación que, en su actual valor, deben hacer a la masa hereditaria los herederos forzosos que concurran con otros que también lo sean, de los bienes que hubieren recibido de manos del causante a título gratuito mientras vivía, al objeto de computarlos a la porción sucesoria que les corresponda respecto de su herencia, de forma que tomen de menos de los bienes efectivamente dejados por el causante al fallecer.
- La colación presenta un **fundamento** netamente familiar: la presunción de que el causante no ha querido, salvo que haga constar que otra es su voluntad sea al entregar esos bienes en vida o posteriormente, tratar desigualmente a sus herederos forzosos. Se trataría de una institución de indudable repercusión para el cómputo del haber hereditario –pues al traer los bienes a colación imputando su valor al momento, el activo de la herencia quedará consecuentemente ampliado– con la consiguiente corrección final de lo que habría de tocar a cada uno de no operar la colación; pero también, antes, para saber si el causante ha cumplido con la exacta legítima que por ley le corresponde a cada uno de los herederos forzosos, cautela cuando llame a partes iguales al conjunto de la herencia (como herederos universales) pero no cuando entre ellos distribuya sus bienes con patente desigualdad o llame a terceros.
- Para que la colación tenga lugar, sea obligada para el heredero de turno, se requieren tres **condiciones fundamentales**, a saber:
  - Que concurran a la sucesión varios herederos forzosos, sea la sucesión testamentaria o abintestato, sin que la colación pueda exigirse ni tampoco beneficiar a herederos que no tengan tal cualidad.
  - Que alguno de dichos coherederos haya recibido del causante de la herencia, en vida de este, bienes o valores, por donación u otro título lucrativo.

  - Que el bien en su día transmitido se encuentre entre los que, genéricamente o para el caso concreto, se juzga por la ley colacionable.
  - Que, aun cumpliéndose los tres presupuestos anteriores, el causante no haya excluido la colación expresamente.

- En sus **efectos**, se ha tener en cuenta que la colación no exige devolver, restituir los bienes que se hubieran recibido antes del causante, sino su adición al objeto de imputarse a la parte que haya de corresponder finalmente al heredero colacionante. No habría por la colación aportación *in natura*, sino imputación de su valor, de suyo, pues, de forma intelectual o contable. De ahí, que, el aumento o deterioro físico posterior (de las cosas donadas) y aun su pérdida total, casual o culpable, resulte a cargo y riesgo o beneficio, según sea el caso, del colacionante.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Si un heredero ha sustraído u ocultado algún efecto de la herencia:

a) Pierde todo derecho hereditario.

b) Pierde la facultad de aceptar la herencia.

c) Habrá aceptado la herencia pura y simplemente en todo caso.

d) Podrá aceptar a beneficio de inventario, pero si lo hace su natural régimen no se extenderá sobre aquel bien que hubiese sustraído u ocultado.

Enunciado 2

En relación con el régimen de aceptación a beneficio de inventario:

a) La herencia solo podrá aceptarse pura y simplemente si es que el beneficio hubiera sido prohibido por el causante en su testamento.

b) El heredero conservará contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

c) El beneficio no se pierde si antes de completar el pago de deudas y legados, el heredero enajena bienes de la herencia sin autorización judicial.

d) En su virtud, habrá de producirse la confusión de patrimonios.

Enunciado 3

¿Cuál de las siguientes nociones sucesorias no requiere indefectiblemente que exista una pluralidad de herederos en el caso particular de que se trate?

a) La comunidad hereditaria.

b) La partición.

c) La herencia yacente.

d) El derecho de acrecer.

Enunciado 4

¿Cuáles de estos bienes son colacionables?

a) Los dejados en el propio testamento a favor del heredero de que se trate.

b) Los donados en vida por el causante a uno de sus nietos, si es que este al final acaba sucediéndole por derecho de representación.

c) Las donaciones hechas al consorte del heredero legitimario.

d) Los gastos de alimentación, educación y curación de enfermedades hechos por el causante en favor del heredero.

Enunciado 5

No se puede instar judicialmente la división de la herencia:

a) Cuando a la herencia haya sido llamado un *nasciturus*, mientras no se resuelva, por el transcurso de los naturales plazos, sobre su nacimiento.

b) Siempre que el testador haya impuesto la prohibición de dividir la herencia.

c) Cuando el voto mayoritario de los herederos decida el mantenimiento de la comunidad hereditaria.

d) Mientras no se hayan pagado las deudas hereditarias.

Enunciado 6

Pedro, viudo, fallece sin dejar testamento, con dos hijos (Manuel y Raquel), y dejando un haber de 1.000.000 de euros. Ocurre que a Manuel le había donado en su día 200.000 euros, mientras que a Raquel, una casa cuyo valor a día de hoy asciende a 300.000 euros. ¿Qué cantidad habrá de recibir en mano cada uno al final del proceso particional?

a) 500.000 euros cada uno.

b) 750.000 euros cada uno.

c) Manuel 550.000 euros, Raquel 450.000.

d) 500.000 euros cada uno, pero con atribución a Manuel de un tercio de la propiedad de su hermana pues tal sería la diferencia de valor entre las dos donaciones realizadas en vida por el causante en favor de sus hijos.

Solución 1

c) Habrá aceptado la herencia pura y simplemente, en todo caso.

Solución 2

b) El heredero conservará contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

Solución 3

c) La herencia yacente.

Solución 4

d) Los gastos de alimentación, educación y curación de enfermedades hechos por el causante en favor del heredero.

Solución 5

a) Cuando a la herencia haya sido llamado un *nasciturus*, mientras no se resuelva, por el transcurso de los naturales plazos, sobre su nacimiento.

Solución 6

c) Manuel 550.000 euros, Raquel 450.000.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Madrid: Edisofer, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, IV-2, Madrid: Tecnos, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*: *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid: Dykinson, 2009.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, vol. 1, Madrid: Bosch, 1990.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.): *Curso de Derecho civil, IV. Derechos de familia y sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

SERRANO ALONSO, E.: *Manual de Derecho de sucesiones*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

En la Red

COLINA GAREA, R.: «Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 6/2002, pág. 237 y ss., en http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2211

CUENCA ALAINE, P.: «El marco jurídico de las uniones de hecho en España», en http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201010-3579518234528614.html

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: «La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil», en *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia) 16/1998, págs. 53 a 73, en http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81231/78401

Avanzada

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I.: *El derecho de deliberar*, Madrid: Dykinson, 2001.

FERRÁNDIS VILELLA, J.: *La comunidad hereditaria*, Barcelona: Bosch, 1954.

GALVÁN GALLEGOS, A.: *La herencia: contenido y adquisición. La aceptación y repudiación de la herencia*, Madrid: La Ley-Actualidad, 2000.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La colación hereditaria*, Madrid: Tecnos, 2002.

LLEDÓ YAGÜE, F.: *Sucesiones*, Cuaderno I, en O. Monje Balmaseda (coord.), Madrid: Dykinson, 2011, pág. 143 y ss.

MOZOS, J.L. de los: *La colación*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965.

MUÑOZ GARCÍA, C.: *La colación como operación previa a la partición: distinción de otras figuras afines a la misma*, Pamplona: Aranzadi, 1997.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coord.): *La partición de la herencia*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

ROGEL VIDE, C.: *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil*, Madrid: Reus, 2011.

UNIDAD DIDÁCTICA

8 LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Introducción
2. El testamento: concepto y caracteres
    - 2.1. Concepto
    - 2.2. Caracteres
3. Clases de testamento
4. Capacidad para testar
5. El testamento abierto
    - 5.1. Noción y ventajas
    - 5.2. Otorgamiento
    - 5.3. Formas extraordinarias o excepcionales de testamento abierto
        - 5.3.1. Testamento abierto en peligro de muerte
        - 5.3.2. Testamento abierto en tiempo de epidemia
6. El testamento cerrado
    - 6.1. Concepto
    - 6.2. Especialidades en cuanto a la capacidad para testar de esta forma
    - 6.3. Fases

7. El testamento ológrafo

7.1. Generalidades
7.2. Requisitos

7.2.1. Personales
7.2.2. Formales
7.2.3. Conservación, presentación, adveración y protocolización

8. El contenido del testamento: la institución de heredero

9. Los legados

9.1. Concepto y caracteres
9.2. Sujetos y objeto
9.3. Régimen de adquisición del legado y de responsabilidad del legatario
9.4. Clases
9.5. Ineficacia del legado por disposición posterior del testador o causa sobrevenida
9.6. Orden de prelación

10. Las sustituciones hereditarias

10.1. La sustitución vulgar
10.2. La sustitución pupilar
10.3. La sustitución ejemplar o cuasipupilar
10.4. Las sustituciones fideicomisarias

11. Revocación, nulidad y caducidad del testamento

11.1. Revocación

11.1.1. Concepto
11.1.2. Clases
11.1.3. Efectos

11.2. Nulidad
11.3. Caducidad

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Visto el régimen común en las dos Unidades precedentes, se ocupa esta Unidad 8 –tercera dedicada a los temas sucesorios– de la transmisión patrimonial mortis causa deferida por manifestación expresa de voluntad del causante, contenida en testamento válido, hágase por escrito o aun de palabra, aunque esto tan solo en los supuestos excepcionales en que explícitamente se admite.

La sucesión testada o testamentaria se funda, así, en la autonomía que el ordenamiento reconoce a cada particular para definir a quién han de ir sus bienes a su fallecimiento, quien, como sabemos, deberá responder, por ello mismo –aun con los límites de una más que previsible aceptación a beneficio de inventario por su parte–, de las deudas que dejara el causante y de las vinculadas con la propia herencia. Es cierto que la autonomía del testador no es total, al menos en nuestro ordenamiento, donde se tiene que estar a los derechos de los llamados herederos forzosos, respetando necesariamente esa parte que el Código preserva para los parientes más cercanos. Pero de la especificidad del sistema legitimario, en cuanto condicionante o correctivo de la voluntad plasmada en testamento, trataremos en la Unidad siguiente, aunque, desde ya, no debe haber dudas acerca de su integración en el régimen testamentario.

1. INTRODUCCIÓN

En el sistema sucesorio español es la voluntaria la delación preferente, siendo la ley la que indica quiénes deben ser llamados como sucesores cuando falta esa voluntad o esa voluntad no respeta las cuotas legitimarias que se reconocen por razón de un vínculo de proximidad con el causante. Pero la voluntad, como se dice, del causante es el título preferente para suceder; la sucesión forzosa o necesaria de cónyuge y parientes, en la medida y alcance que veremos en la Unidad siguiente, no deja de ser una corrección a la plena libertad de disponer del causante, por un motivo mínimo de solidaridad familiar, que ni en vida puede dejar de respetar. Pero, no nos equivoquemos, la sucesión forzosa hace a la sucesión testamentaria, forma parte singular de su estudio, por ser su función la dicha. No es un tercer género, sino que se predica allí donde existe un testamento, disposición testamentaria de los bienes ordenada en vida por el causante.

En virtud de ello, el **fundamento de la sucesión testamentaria**, de la **sucesión testada**, no puede radicar en otro lugar que en la autonomía de la voluntad, cuyo vigor se reconoce a través del negocio jurídico testamentario con efectos mortis causa, aunque con las necesarias particularidades de tal finalidad.

2. EL TESTAMENTO: CONCEPTO Y CARACTERES

2.1. CONCEPTO

Dada su relevancia, son múltiples las definiciones de **testamento** que nos ofrece la doctrina.

En acepción clásica –y básica–, Modestino lo consideraba el acto por el cual el hombre manifestaba su voluntad para que esta fuera cumplida después de su muerte. Nada decía sobre su contenido, sobre el contenido en que se cifrara esa voluntad.

Más modernamente, Albaladejo García lo define como:

> «Un acto solemne, por el que unilateralmente una persona sola establece ella misma, para después de su muerte, las disposiciones patrimoniales o no que le competan, pudiendo siempre revocarlas».

En la legislación, el Código Civil establece en su artículo 667, con el peligro que encierra toda definición positiva, que es «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o parte de ellos, se llama testamento».

El concepto del Código ha sido abiertamente criticado por la doctrina. Se señala, en tal sentido, que el testamento es, más que un acto jurídico, un negocio jurídico, integrado por una declaración de voluntad, cuyo efecto es coincidente con aquella declaración. En él, resalta su naturaleza imperativa: el testador no ruega o aconseja, sino que ordena o manda lo que quiere que se haga, para que produzca efectos tras su muerte.

Concretando, Sánchez Román dice que el texto del artículo 667 del Código Civil es inexacto, inútil e incompleto en los términos en que está concebido: no es exacto, por atribuir al testamento un sentido exclusivamente patrimonial (cuando sirve también para designar tutor o curador a los hijos o hasta reconocer un hijo extramatrimonial, por ejemplo); no es completo, porque prescinde de los caracteres esenciales del testamento (acto personalísimo, solemne, revocable...) de los que depende su validez y eficacia; no es útil, porque la definición legal no tiene aplicación práctica de ninguna clase y su supresión en nada perjudicaría la economía del Código.

Castán Tobeñas trata de salvar la intención del legislador advirtiendo que esos defectos se atenúan con las puntualizaciones siguientes:

- En primer lugar, en cuanto tales caracteres faltantes, como veremos de inmediato, terminan siendo reconocidos por preceptos subsiguientes del Código.
- En segundo lugar, porque esas disposiciones de carácter personal y familiar, no patrimoniales, que pueden ser objeto de testamento, están autorizadas asimismo en otros lugares del Código, y si el artículo 667 menciona solo los bienes es en el concepto de ser el testamento el medio emblemático para disponer quien habrá de heredar, suceder en el patrimonio del disponente, como estadísticamente se demuestra.

Precisiones

Recapitulando –aunque remitiendo en lo que hace a su contenido al epígrafe 8 de esta Unidad–, por testamento podríamos tener aquella formal declaración de última voluntad, manifestada en principio por escrito y con excepcional validez

.../...

.../...

de palabra, de carácter patrimonial y acerca de otras cuestiones, tales como reconocimientos filiales, nombramiento de tutor, revelaciones o confesiones (singularmente de delitos) y normas funerarias, alguna de la trascendencia de la concerniente a la cremación del cadáver.

2.2. CARACTERES

Diseminados, entonces, por el Código Civil, se destacan los rasgos esenciales y característicos del testamento, completando de tal modo el concepto legal. Son los siguientes:

- **El testamento es**, antes de nada, **un negocio jurídico** cuya eficacia se despliega mortis causa; aún más, es el negocio jurídico mortis causa por excelencia. Siendo válido por haberse cumplido con los presupuestos legales de turno, por ajustarse a alguna de las modalidades que iremos viendo en esta Unidad (testamento cerrado, abierto, ológrafo, etc.), sus efectos no se producirán automáticamente sino solo a partir del fallecimiento del testador, y ello siempre que el testamento conserve su vigencia en el interinato; esto es, por no haber pronunciado su voluntad el interesado en otro sentido, en otro testamento. Por eso se refiere al testamento como acto de última voluntad.

  El testamento, pues, no produce efectos durante la vida del testador, pero por ser precisamente tal su carácter –como nos dice Ruggiero–, la voluntad expresada en él:

  > «Se considera (cualquiera que sea el momento en que se hubiere emitido) como suprema, renovada en cada momento, desde la confección del testamento hasta el instante de la muerte del testador. De modo que, por largo que sea el tiempo que medie de uno a otro momento, el testamento no pierde eficacia, aun cuando uno o varios de los objetos a que se refiere hayan dejado de existir, o aunque una o varias de las disposiciones testamentarias no sean ya aplicables por haber variado el estado de las cosas. Así, si el testador hubiese perdido posteriormente la capacidad de testar (por ejemplo, si sufriere posteriormente enajenación mental), el testamento es válido, por considerarse el último, si no de su vida corporal, al menos de su vida intelectual».

EJEMPLO 1

La enajenación posterior de la cosa legada en el testamento vendría a suponer, por ello, la revocación del legado.

- **El testamento es un negocio jurídico unilateral.** El testamento como negocio jurídico tiene un solo sujeto, una sola parte. La declaración de voluntad del causante es eficaz por sí sola para dar vida al testamento, sin la concurrencia de ninguna otra, a diferencia de lo que ocurre en un contrato; la concurrencia de cualquiera como parte, al lado de o frente al testador, infringirá la prohibición de pactos sucesorios o el principio de estricta personalidad, el carácter personalísimo del testamento.

Precisiones

De estas dos notas primeras y esencialísimas del testamento surge la especial problemática que su interpretación incorpora. Por ser acto de última voluntad, porque se habrá de interpretar una voluntad de quien ya no está entre nosotros, ni puede ayudar a explicarse en relación con sus motivos e intenciones al expresarse como se expresó; por ser acto unilateral, no contaremos, como sucede en los contratos, con otra voluntad que, aunque contrapuesta, por comparación pueda aclarar el contexto en que se celebrara el negocio, y el verdadero significado de lo declarado.

No dedicaremos a tan interesante asunto un epígrafe en este manual; tan solo advertimos sobre la existencia de una norma especial en el Código, el artículo 675, al respecto. En virtud de su primer párrafo, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». Es decir, pese a las dificultades del caso, la interpretación que debe prevalecer es la subjetiva; se ha de averiguar la voluntad interna del sujeto, del causante, para lo que la jurisprudencia ha admitido incluso pruebas extrínsecas, esto es, externas al texto testamentario (conductas, declaraciones previas o coetáneas al testamento), pero siempre que tengan cierto reflejo en el cuerpo de lo declarado.

Vinculado con la unilateralidad del testamento, el artículo 669 del Código Civil prohíbe el testamento mancomunado al decir que «no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero».

Precisiones

Todo lo que se dirá aquí es a partir del Derecho común, lo cual simplifica mucho el análisis. El recordatorio encuentra en el punto interés en cuanto en el Derecho foral sí observamos que se admita sin reparos el testamento de hermandad, conjunto, mutuo, recíproco o mancomunado, algo que se permitía entre cónyuges por el Derecho castellano.

- **El testamento es un negocio jurídico no recepticio.** La declaración de voluntad que forma el negocio jurídico testamentario es no recepticia. Los herederos –o legatarios– no son destinatarios de la declaración testamentaria, siendo que la aceptación por parte suya constituye un negocio jurídico independiente que no afecta a la perfección del testamento. Tampoco lo sería el Notario, ni mucho menos los testigos. Y es que el testamento queda perfeccionado desde que se otorga y sin que, entonces, haga falta la comparecencia o, siquiera, actual conocimiento de los posibles futuros sucesores. El heredero será beneficiario del testamento, aceptando conforme a las reglas propias al respecto que conocemos, pero no es parte del negocio jurídico testamentario ni de su aceptación dependerá la validez del mismo; a lo sumo, su ineficacia, por falta de aceptación de todos los llamados por el causante, pero nada más.
- **El testamento es un negocio jurídico personalísimo.** De conformidad con el artículo 670 del Código Civil, «el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario». Tampoco podrá dejarse –continúa– «al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente».

  Frente al principio, hay excepciones que no alteran su esencia; así, en el artículo 671 del Código Civil con respecto a la distribución de cantidades dispuestas a parientes, pobres, establecimientos de beneficencia nominados de

manera genérica que el testador puede encomendar a un tercero, en cuanto, además del modo de distribución entre ellos, podrá facultarse al tercero la elección de las personas que deban resultar favorecidas.

Precisiones

Sobre el artículo 671 del Código Civil y su diferencia con la designación genérica de los parientes del causante como herederos con arreglo al artículo 751 del Código Civil, véanse las apreciaciones que haremos en el epígrafe 8 de esta Unidad.

Pero más importante parece la situación que plantea la sustitución pupilar, aquella regulada en el artículo 775 del Código Civil, y de la que trataremos en esta misma Unidad, y por la cual «los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad». Se objeta que sea la pupilar verdadera sustitución, por verse en ello más un testamento hecho por otro, con derogación del carácter personalísimo de esta clase de negocio jurídico. Su fundamento se encuentra, en las fuentes clásicas, en el ardid tramado para evitarle al menor la indignidad, entonces, de morir intestado; en constituir medio para impedir que los bienes familiares vayan a parientes enemistados con el ascendiente y quizás enemigos del descendiente, etc. La misma apreciación cabe respecto de la sustitución ejemplar o cuasipupilar del artículo 776 del Código Civil, donde ya no es la incapacidad para testar por minoridad la que se trata de salvar, sino la del incapacitado por enajenado.

- **El testamento es un negocio jurídico formal.** El artículo 687 del Código Civil dispone «que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas» legalmente.

  La forma, los requisitos formales que para cada tipo de testamento dispone el legislador, constituyen un elemento esencial al acto testamentario, sin cuyo cumplimiento el testamento será inválido; siendo ineludibles estos requisitos de forma y no convalidables posteriormente. La forma es, por tanto, un presupuesto *ad solemnitatem*, aun cuando estemos ante el testamento ológrafo, ese testamento que puede hacer de su puño y letra el testador pero que será nulo de no cumplir con las condiciones formales que para él se

disciplinan. No debe, pues, confundirse forma con fehaciencia, con documento público, a la postre, pues, como se dice, el ordenamiento reconoce la posibilidad de testar en documento privado.

Precisiones

En este orden de cosas, no está permitido el testamento verbal, la formal oral para el testamento, salvo para situaciones extremas; véanse los artículos 702 y 740 del Código Civil.

- **El testamento es un negocio jurídico revocable.** El testamento es un negocio jurídico esencialmente revocable, como declaración de última voluntad que es. El artículo 737 del Código Civil lo recoge al disponer que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». Por lo que añade, «se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales».

  La esencial revocabilidad del testamento reside en su función, como decimos, en cuanto declaración de última voluntad que *ante mortem* no genera derechos a los eventualmente favorecidos en su clausulado ni obliga al testador. De otra forma: es un acto perfecto desde que se cumple con las formas de turno, pero el testador podrá cambiar su voluntad cuantas veces le plazca, sin alegar causa o motivo alguno. Estaríamos, pues, ante un negocio revocable *ad nutum* (a voluntad, según el libre arbitrio del testador).

3. CLASES DE TESTAMENTO

La clasificación tradicional en nuestro Derecho y que ha pasado al Código Civil divide los testamentos en comunes y especiales, en función de las situaciones normales o de excepción que presidan su otorgamiento. Es así que según el artículo 676, «el testamento puede ser común o especial» aunque el precepto no llegue a definir una y otra categoría. El **testamento común** sería, en suma, aquel que exige las solemnidades generales y puede ser utilizado por toda persona que tenga capacidad para testar. Por su parte, el **testamento**

especial es aquel que requiere menos solemnidades, dadas ciertas circunstancias, ciertas contingencias; la particularidad, pero sobre todo la gravedad del caso, es la que diferenciará ambas situaciones, distinguiendo, y eso es lo que puede complicar, los **testamentos comunes en forma extraordinaria o excepcional** de los testamentos **especiales**, algunos de los cuales, para mayor complejidad terminológica, pueden ser despachados de igual forma, esto es, de **forma extraordinaria**. Entendemos que la distinción puede ser dogmática pero, por arraigada, cumple una función asimiladora muy importante.

Dicho ello en tono más general, son comunes, dispone el párrafo 2.º del citado artículo 675, los testamentos ológrafo, abierto y cerrado.

- **Testamento abierto** es aquel en que su última voluntad la manifiesta el testador ante quienes otorga el testamento, que quedan enterados de ella (art. 679).
- **Testamento cerrado** es aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, declara ante quienes lo otorga, que está escrita en el documento que presenta (art. 680).
- **Testamento ológrafo** es aquel en que consigna el testador por escrito de su puño y letra su última voluntad, sin necesidad de declarar nada ante nadie (art. 678) ni revelar la propia existencia del testamento.

Con todo, los testamentos comunes abierto y cerrado pueden revestir por alguna circunstancia concreta y de concurrencia normalmente excepcional una forma extraordinaria, denominándose testamentos extraordinarios. Pero, el testamento ológrafo no admite forma extraordinaria. Es así que testamentos abiertos extraordinarios son:

- El realizado en inminente peligro de muerte (art. 700 y ss. del CC).
- El otorgado en caso de epidemia (art. 701 y ss. del CC).

Mientras que testamento extraordinario cerrado es el del que puede escribir pero no hablar (art. 709).

Frente a ellos, el artículo 677 del Código Civil considera testamentos especiales el «militar, marítimo y el hecho en país extranjero».

- Testamento militar es el otorgado por militares, soldados o asimilados en tiempo de guerra o en campaña (art. 716 del CC).

- El testamento militar admite forma ordinaria y extraordinaria en peligro de muerte, por razón de entrar en combate, abierto o cerrado.

- Testamento marítimo es el otorgado en viaje marítimo por las personas que vayan a bordo (art. 722 del CC).

  - El testamento marítimo admite también forma ordinaria y extraordinaria en peligro de muerte por naufragio, abierto o cerrado.

- Testamento otorgado en país extranjero es el realizado fuera del territorio nacional o en buque extranjero (art. 732 del CC).

  - El testamento otorgado en país extranjero no admite forma extraordinaria.

Precisiones

Por su considerable especificidad y para no dificultar, en un exceso de información, la aprehensión de los conceptos más elementales en relación con las tres clases comunes de testamento, se omitirá adentrarse en estas páginas en el régimen de los testamentos especiales. Con su mera enunciación y, cuanto diremos sobre su intrínseca caducidad al final de la Unidad, nos basta.

4. CAPACIDAD PARA TESTAR

El Código Civil sienta en el artículo 662 el principio de que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». La capacidad para testar, la *testamenti factio* activa, es, pues, la regla general, mientras que la incapacidad en justa medida, la excepción.

Siendo tan genérico el principio, ¿en qué momento se ha de poseer la capacidad para testar? El Código Civil en el artículo 666 dispone que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento» y, como consecuencia, el artículo 664 dice que «el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido». Por tanto, carece de importancia el estado mental del

testador en otro momento que no sea el del otorgamiento, ya sea en época anterior al testamento o al del fallecimiento. Y es que si el testador no tenía capacidad cuando otorgó testamento, que la adquiera –o recupere– después, no se prevé que se salve el testamento.

Precisiones

El Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de abril de 1959 ya sostuvo que la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al momento preciso de hacer la declaración testamentaria, siendo respecto de ese momento cuando se debe demostrar de forma inequívoca que tenía mermadas sus facultades mentales.

Expuesto ello en clave positiva, el artículo 663 del Código Civil dice por el contrario que:

> «Están incapacitados para testar:
>
> 1.º Los menores de catorce años de uno u otro sexo.
>
> 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallase en su cabal juicio».

Se recogen de tal modo las dos causas generales de incapacidad para testar, esto es, las dos causas de **incapacidad absoluta**, pues no se podrá testar en ninguna de las formas posibles si el interesado se encontrara en alguna de ambas causas. Porque una cosa es no reunir las condiciones necesarias para testar de una determinada forma (por ejemplo, el no tener dieciocho años en el caso del testamento ológrafo) y otra el no poder testar de forma alguna. A estas incapacidades de corte general, absoluto, como las hemos calificado, nos referimos con más detalle a continuación:

- **Los menores de catorce años de uno u otro sexo** (art. 663.1.º). Constitucionalmente fijada la mayoría de edad a los dieciocho años, edad requerida para contraer matrimonio, es de lamentar que se haya mantenido la antigua regulación que partía de una mayor edad muy superior, teniendo la excepción mucho más sentido. En todo caso, sigue vigente su fundamento: el carácter personalísimo del testamento que impide que se teste mediante representante, ni siquiera legal, a salvo ello de la interpretación que se dará en este mismo tema sobre la sustitución pupilar ex artículo 775 del Código Civil.

Con todo, la trascendencia del acto testamentario parece exigir una mayor madurez psíquica en la persona que haya de otorgarlo. Parecería lógico que no se permitiera otorgar testamento, así, a los menores no emancipados. Aunque bien es cierto que nada impide que cumplidos más años el testamento celebrado se modifique o revoque. Comentada y particular excepción es que para el testamento ológrafo se requiera la mayoría de edad, es decir, dieciocho años (art. 688, párrafo 1.º).

- **El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.** Se refiere el Código al hablar de falta de «cabal juicio» a cualquier alteración de tipo psíquico en la persona del testador, algo cuya apreciación práctica es difícil y corresponde al fedatario. Sea como fuere, debe entenderse como la capacidad natural de entender y querer. Dado el amplio sentido de la dicción legal, por tanto, hay que entender que toda perturbación intelectual, sea permanente o transitoria, incapacita para otorgar testamento. Mas es preciso, siguiendo como aquí se hace a Sánchez Román:

  – Que la enfermedad exista en el momento del otorgamiento.

  – Que sea grave, hasta excluir en quien la padezca la conciencia de los propios actos.

  – Que sea objeto de prueba especial y conclusiva por quien impugna el testamento, ya que la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada; no basta apoyar la incapacidad en simples conjeturas o presunciones.

Para los testamentos notariales el artículo 665 expresa que:

> «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad».

Así pues, se debe distinguir entre el enajenado no incapacitado que tiene la presunción legal de capacidad, pudiendo el Notario, ante las dudas que pueda plantearle el estado mental, hacerle reconocer médicamente, aplicándole el precepto citado, aunque solo esté previsto para el incapacitado (Albaladejo García); y el incapacitado, enajenado en el momento o no, pues habrá que estar a la sentencia respectiva en cuanto contenga pronunciamiento sobre la

capacidad para testar, en cuyo caso se respetará el fallo. Pero si no hubiera pronunciamiento expreso en ella se aplicará el transcrito artículo 665 para acreditar si está en su cabal juicio y, de ser así, autorizar el testamento. En este supuesto, en que el Notario haya utilizado el dictamen de los facultativos, hará constar el mismo en el testamento.

5. EL TESTAMENTO ABIERTO

5.1. NOCIÓN Y VENTAJAS

El Código define cada uno de los testamentos comunes, haciéndolo en cuanto al **abierto**, en los siguientes términos: «es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone» (art. 679). Dentro de esta definición se comprenden tanto el testamento abierto, ordinario o ante Notario, como los testamentos abiertos extraordinarios, sin Notario, en inminente peligro de muerte (art. 700) y en caso de epidemia (art. 701). Igualmente quedan comprendidos en esta definición del testamento abierto algunos especiales en su forma oral, como sucede con el militar en los supuestos de los artículos 716 y 720, y el marítimo en los casos de los artículos 722 y 731. Y es que el Código, al definir el testamento abierto en su artículo 679, da una definición suficientemente amplia para comprender todas esas manifestaciones de esta forma testamentaria.

Precisiones

El testamento abierto recibe su nombre por ser necesariamente conocido su contenido por varias personas –cuando menos por el Notario–, que deben no obstante guardar reserva acerca de este, al menos en vida del testador. Tal característica contrapone esta forma testamentaria al testamento cerrado, por esencia secreto, o cuyo texto resulta incomprobable hasta luego de morir el testador o revocarlo, y al ológrafo, la otra especie de la ordinaria trinidad testamentaria. En este último, el testador calla por lo general no solo las cláusulas de este, sino hasta que ha hecho testamento, pero sin que exista prohibición alguna que impida revelarlo y aun divulgar su contenido.

Según O'Callaghan Muñoz, el testamento abierto –entiéndase en su tipo ordinario, común o ante Notario– es el más utilizado, el más seguro, por su fuerza probatoria y el que más garantías ofrece. Es el único de los testamentos que tiene por sí pleno valor, sin necesidad de ningún trámite posterior para darle una autenticidad, de la que ya goza por la intervención del Notario. El testamento original se conserva y custodia en el protocolo notarial correspondiente. Tan solo el propio testador podrá pedir copia del mismo mientras viva. Tras su muerte, podrán pedir copia las personas interesadas quienes, realmente, son todos aquellos que tienen vocación a la herencia, como llamamiento general y abstracto, actual o eventual, sin que sea preciso que tengan la delación hereditaria. El Notario expedirá copia del testamento a tales interesados si se acredita, por el certificado de defunción, la muerte del testador, y por la certificación del Registro general de actos de última voluntad, que es su último testamento.

En su modalidad común, que es en la que más interesa aquí profundizar, el concepto del testamento abierto hay que deducirlo muy señaladamente del siguiente precepto: «el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento» (art. 694, párrafo 1.º), requisito que, por supuesto, determina la legislación notarial.

5.2. OTORGAMIENTO

En el otorgamiento de un testamento abierto ante Notario podemos distinguir tres etapas o estadios, no necesariamente cronológicas, a saber:

A) Expresión de la voluntad

Según el artículo 695, en su primer inciso, «el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario». Debe tratarse de una manifestación directa del testador al Notario, nunca indirecta; el contenido de su voluntad, del testamento, por tanto, quedará revelado ante el autorizante y los testigos, si es el caso de que concurran.

El artículo 684 establece que:

> «Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquel, que traduzca la disposición testamentaria a la oficina en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario».

B) Redacción del testamento

Manifestada su última voluntad por el testador, bien oralmente o por medio de minuta, el Notario redactará el testamento con arreglo a dicha voluntad, continúa diciendo el artículo 695 del Código Civil.

Como sigue diciendo O'Callaghan Muñoz, el Notario redacta según lo que le ha expresado oralmente o por escrito el testador, debiendo advertirse que el Notario no ha de escribir física, materialmente el testamento, sino que puede hacerlo un oficial siguiendo sus instrucciones y que no tiene que ser una redacción literal de lo declarado por el testador, sino que le dará la forma jurídica que sea conveniente, de acuerdo con lo que ha declarado el testador, ya que la alta función del Notario no es solo la de dar fe, sino también la de asesoramiento jurídico a los particulares, en nuestro caso, al testador. Pero, además, el Código impone como requisitos propios de este testamento: la expresión en el mismo del «lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento» (art. 695, párrafo 1.º) lo cual es decisivo para saber la legislación aplicable y para la posible revocación de un testamento anterior o la del que se redacte por uno posterior; también para comprobar la competencia del Notario y la capacidad del testador en la fecha en que otorgó el testamento.

Asimismo, el artículo 696 del Código Civil exige que, en la redacción del testamento por el Notario, este dé fe de la identificación del testador, esto es, expresar que conoce al testador personalmente o de haberlo identificado debidamente, efectuando la especial declaración que prevé el artículo 686 del Código Civil de no ser el caso.

En realidad, la remisión y, por tanto, esta declaración de la que se ocupa el último artículo citado nos lleva a una de las modificaciones legislativas más relevantes que ha habido sobre la redacción original del Código, relativa a la necesidad de testigos para el otorgamiento de esta clase testamentaria. Hoy, la regla general es que no se precisa su comparecencia. En este sentido comienza diciendo el artículo 685 del Código Civil que el Notario deberá conocer al testador y solo cuando no lo conociese identificará a su persona con dos testigos que le conozcan (testigos de conocimiento se les llama) y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. Pero, si aún así, por la causa que fuere, el Notario no pudiera identificar al testador de la manera descrita, bastará con que el Notario haga la pertinente declaración, junto con la de los testigos en su caso (se supone que no conozcan personalmente al testador), reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Los testigos también serán puntualmente necesarios (testigos instrumentales se les denomina en este caso), en función del artículo 697.2.º y 3.º, «cuando el testador declare

que no sabe o no puede firmar el testamento» o «cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento». En este segundo caso, si además el testador –que no supiese o no pudiese leer– fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario, debiendo declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador.

Precisiones

Quien no oye ni habla, por defecto físico, pero sabe leer y escribir puede testar ológrafamente en todo caso. Puede hacer también testamento abierto, por estar previsto, como acabamos de decir, para el sordo aunque no pueda leer.

Además de la identificación del testador con las cautelas previstas, es esencial que sea capaz para testar evidentemente; por ello, el mismo artículo 696 añade que el Notario, al redactar el testamento, también hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

C) Aprobación de la redacción

Una vez redactado el testamento, el Notario «lo leerá en voz alta para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad» (art. 695). «Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos», dando fe de ello el Notario.

Hasta aquí, las fases, las etapas del otorgamiento del testamento abierto, fases y otorgamiento que deben tener lugar en unidad de acto, en cuanto todas las formalidades expresadas hasta aquí «se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero» (art. 699, párrafo 1.º). Si nos fijamos, curiosamente la declaración, la expresión de la voluntad, del contenido del que será el testamento podrá hacerse en un momento anterior, quizás para dar tiempo al Notario de redactar conforme a lo expresado y a la legalidad vigente el cuerpo del testamento a refrendar.

5.3. FORMAS EXTRAORDINARIAS O EXCEPCIONALES DE TESTAMENTO ABIERTO

5.3.1. Testamento abierto en peligro de muerte

Establece el Código Civil en el artículo 700 una forma especial del testamento abierto, motivado por la urgencia que produce el peligro de muerte del testador y que consiste en la no intervención del Notario y concurrencia de testigos.

No basta que se otorgue en estado de grave enfermedad, ya que es preciso que se halle en situación urgente, inmediata y extrema de salud o de serio y grave peligro para la integridad física de la persona de que se trate. Es preciso, también que no sea racionalmente posible la intervención de Notario, o haya riesgo de que el interesado fallezca o pierda sus facultades antes de que pueda acudir a él.

Siendo así, podrá otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario. La idoneidad de los testigos es la general, es decir, no hallarse en las causas de inidoneidad de los artículos 681 y 682.

Precisiones

«No podrán ser testigos en los testamentos –dice el artículo 681 del CC–:

1. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.
2. Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
3. Los que no entiendan el idioma del testador.
4. Los que no estén en su sano juicio.
5. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con este relación de trabajo».

Por su parte, el artículo 682 del Código Civil establece que:

«En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad».

.../...

.../...

Pero en la prohibición no están comprendidos:

> «Los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario».

El artículo 702 del Código Civil establece, por su parte, que «se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir». Por tanto, este requisito se debe cumplir, pero cabe que no sea posible por razón de que ningún testigo sepa escribir o por otra razón, en cuyo caso, el testamento es igualmente válido.

En todos los casos, el testamento caducará si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. También lo hará, cuando el testador falleciere en dicho plazo y dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acuda al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente (art. 703).

5.3.2. Testamento abierto en tiempo de epidemia

Según el artículo 701 del Código Civil:

> «En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años».

Los testigos deberán ser idóneos, aplicando las causas de idoneidad de los artículos 681 y 682, salvo la relativa a la edad, en cuanto no se requiere la mayoría de edad en el testigo de turno, bastando con que tenga dieciséis años.

Al igual que en el testamento otorgado en peligro de muerte, se escribirá este testamento, «de ser posible», caducando a los dos meses desde que cesara la epidemia o a los tres desde que falleciera el testador durante la misma si no se acude al Tribunal para que autorice su elevación a escritura pública.

6. EL TESTAMENTO CERRADO

6.1. CONCEPTO

Según el Código «el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto» (art. 680).

Ocurre con esta definición lo mismo que hemos indicado a propósito de la definición legal del testamento común abierto, es decir, que es aplicable no solo al testamento común, en su forma cerrada, sino también a las formas cerradas de algunos testamentos especiales. En efecto, además de la forma cerrada del testamento común, es de aplicación dicha forma al testamento militar (arts. 717 y 721) y al marítimo (art. 722).

El testamento común cerrado se otorga ante Notario y podemos, por tanto, completar la definición genérica de las formas cerradas testamentarias contenida en el artículo 680, diciendo que este testamento cerrado común es aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, declara ante el Notario que haya de autorizarlo que dicha voluntad se halla contenida en el pliego que presenta (arts. 680 y 707, regla 3.ª).

Por tanto, lo que hace cerrado a esta clase de testamento, que puede estar escrito por persona distinta del testador, el contenido de su voluntad permanece secreto, limitándose el Notario a dar fe y testimonio de su otorgamiento.

En cuanto a su naturaleza jurídica, a su calificación técnica si se prefiere, con la mejor doctrina debe indicarse que la de este testamento es doble. En primer lugar, la declaración de la voluntad testamentaria se contiene en un documento privado que no pierde este carácter por su presentación ante Notario, pues se hace en pliego cerrado y, por tanto, no lo advera ni protocoliza. Pero, en segundo lugar, el acto de otorgamiento ante Notario, en que este da fe de la entrega del pliego y de la declaración del testador de que en él se encuentra su declaración de voluntad testamentaria, es documento público.

6.2. ESPECIALIDADES EN CUANTO A LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE ESTA FORMA

Como el testamento cerrado puede estar escrito por otra persona, son capaces para su otorgamiento los que no puedan escribir. Lo esencial es saber y poder leer para cer-

ciorarse de que lo escrito se corresponde fielmente con el testamento que se quiere otorgar. Por estas razones el Código dispone que «no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer» (art. 708).

Asimismo, si bien se lo permite, el artículo siguiente introduce algunas variaciones respecto de la forma común de hacer testamento cerrado en relación con el **mudo** o el **sordomudo**. Se establece, así, una forma extraordinaria del testamento cerrado que esencialmente consiste en la adaptación de las solemnidades a la situación física disminuida del testador que, en todo caso, no puede ser analfabeto. En efecto, dispone el artículo 709 que:

> «Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento observando lo siguiente:
>
> 1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.
>
> 2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.
>
> 3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe al Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso».

Por supuesto, el sentido de estas especialidades se entenderá mejor a continuación, al tratar del régimen común del testamento cerrado.

6.3. FASES

El testamento cerrado se estructura en tres fases características; son las siguientes:

A) Fase privada: escritura

Se exigen determinadas garantías de autenticidad, a saber:

- Si lo escribiere por sí mismo el testador, pondrá al final su firma después de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones (art. 706).

- Si lo escribiere por cualquier medio mecánico, o por otra persona a su ruego, el testador pondrá su firma en todas las hojas y al pie del testamento. Siendo que no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego otra persona, expresando la causa de la imposibilidad (art. 706).
- Una vez escrito el testamento se procederá a cerrarlo en un pliego para mantener su carácter secreto. El Código ordena que «el papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquel sin romper esta» (art. 707, regla 1.ª).

B) Fase notarial: otorgamiento

En esta fase, el Código fija las siguientes reglas:

- Comparecencia y manifestación por el testador de que el pliego que presenta contiene su testamento:

> «El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto ante el Notario que haya de autorizarlo» (art. 707, regla 2.ª).

Al fedatario habrá de manifestar:

> «Que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado por él, o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego» (art. 707, regla 3.ª).

- Redacción, lectura y firma del acta externa:

> «Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» (art. 707, regla 4.ª).

> Extendida y leída el acta, la firmarán el testador que pueda hacerlo y, en su caso, las personas que deban concurrir y la autorizará el Notario con su signo y firma. Si el testador declarase que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir. También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento (art. 707, reglas 5.ª y 6.ª).

Autorizado el testamento, y ya en cuanto propiamente a su conservación posterior al otorgamiento, «el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento» (art. 710).

> «El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo. En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirase después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota» (art. 711).

C) Presentación, apertura y protocolización

Una vez fallecido el testador, y como el testamento se trata por su medio de formalización de un documento privado que carece de la autenticidad que el testamento abierto tiene por sí, el Código Civil dispone los siguientes pasos:

- En primer lugar:

> «El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, luego que sepa el fallecimiento del testador. Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia» (art. 712).

Además perderá todo derecho a la herencia:

> «En esta misma pena incurrirán el que sustrajese dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga

en guarda o depósito, y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda» (art. 713).

- Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 714). La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regula estas diligencias en los artículos 1.958 y siguientes declarados vigentes por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, mientras no entre en vigor la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, todavía pendiente después de todos estos años.

7. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

7.1. GENERALIDADES

El **testamento ológrafo** –de autográfo– es aquel que el testador escribe total y personalmente con expresión de la fecha y su firma. El artículo 678 del Código Civil dispone que «se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos del artículo 688». La ológrafa constituye la forma más simple de testar, pues basta con saber escribir. La redacción es libre; pero hay que escribir todo el testamento de propio puño y letra, fecharlo y firmarlo.

Como clase de testamento, al ológrafo se le atribuyen ventajas tales como ser rigurosamente secreto, práctico, porque puede realizarse sin ayuda de nadie al ser sencillo y rápido (puede realizarse por el enfermo en su lecho de muerte, ante un viaje peligroso, por ejemplo). Sin embargo, se señalan como inconvenientes el no ofrecer las garantías de protección a la voluntad del testador, las posibilidades de presiones o captaciones de voluntad, la de falsificaciones o de que sea sustraído o destruido, y por la falta de asesoramiento técnico puede no reflejar bien su voluntad e incurrir fácilmente en causa de nulidad.

7.2. REQUISITOS

7.2.1. Personales

Según establece el artículo 688, párrafo 1.º, del Código, «el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas **mayores de edad**». Por tanto, únicamente pueden otorgar-

lo los mayores de dieciocho años; ni siquiera el menor emancipado o el habilitado puede otorgar testamento ológrafo.

La doctrina, respecto de las **personas ciegas**, dice que aun reconociendo la dificultad de que puedan utilizar esta forma testamentaria, es lo cierto que el Código no lo prohíbe, como en el testamento cerrado (art. 708 del CC), por lo que si el ciego puede escribir por medio de caracteres alfabéticos, el testamento será válido, ya que no existe una prohibición expresa que se refiera a los ciegos en los supuestos de testamento ológrafo. En todo caso, no sería admisible que el ciego otorgase testamento ológrafo mediante el método Braille, ya que los caracteres de esta escritura no sirven para individualizar a su autor; faltaría el elemento esencial de la autografía total y sería imposible demostrar su autenticidad.

7.2.2. Formales

El artículo 688 del Código Civil contiene los requisitos de forma, estableciendo que «para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue». Y añade: «si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma».

En consecuencia, sus requisitos formales serían los siguientes:

- **Autografía.** Es esencial a este testamento para que sea válido. Significa que debe ser escrito por la mano del causante, de su puño y letra. El testamento deberá estar todo escrito por él sin intervención de persona alguna, y mediante sus caracteres habituales, su escritura corriente, susceptible de identificación. No valdría la escritura a máquina o con una imprentilla o con letras recortadas. Podrá escribirlo en cualquier idioma y se podrá escribir en cualquier material apto para que quede escrito un texto a mano con los rasgos caligráficos usuales del otorgante.
- **Firma.** La firma del testador es un requisito de validez del testamento ológrafo y no podrá ser sustituida por sello, impresión digital u otro signo; será la firma usual que asegure la autenticidad y la autoría del testamento. Se trata del requisito que comunica al escrito el carácter de testamento acabado y perfecto, distinguiéndolo del borrador, proyecto o apunte. La firma exigida es una y no necesariamente en cada hoja si el testamento tiene varias.
- **Fecha.** Sirve para ubicar el testamento en el tiempo y poder apreciar la capacidad del testador y la eficacia a los efectos de revocar o ser revocado

por otro de fecha distinta. Será su fecha la del día en que se otorgue, siendo indiferente el lugar y modo de expresarlo. En tal sentido, se puede expresar con referencia a una festividad o conmemoración (fecha de cumpleaños del testador).

La fecha es un requisito esencial, al extremo de que el Tribunal Supremo considera nulo el testamento sin fecha o con fecha insuficiente o inexacta, incluso en casos de mera equivocación.

- Necesidad de salvar las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones. Se refiere el Código a las enmiendas puestas de propia mano por el testador al texto autógrafo suyo. La doctrina y el Tribunal Supremo reiteradamente han afirmado que las palabras tachadas, enmendadas y no salvadas por el testador no afectarán a la validez del testamento sino solo cuando se refieran a los requisitos esenciales del mismo; siendo así serán invalidadas las palabras tachadas enmendadas o entrerrenglonadas y, además, todo lo que no sea razonablemente independiente de lo anulado siguiendo la máxima de que *utile per inutile non vitiatur*.

7.2.3. Conservación, presentación, adveración y protocolización

Nada dice el Código sobre la conservación del testamento ológrafo, pero parece claro que puede conservarlo en su poder el testador o depositarlo en alguien de su confianza; incluso, nada lo impide, en poder de un Notario.

Sí se ocupa, en cambio, de lo que hay que hacer a la muerte del testador; en tal momento es preciso la práctica de una serie de formalidades que permitirán al testamento ológrafo adquirir la condición de documento público y producir sus efectos legales. Tales trámites son la presentación, adveración y protocolización; en otro caso, su valor sería el de un mero documento privado sin mayor valor que hiciera las veces para las que está llamado.

Así, podemos distinguir las siguientes formalidades, o si se prefiere, etapas una vez fallecido el testador causante:

A) Presentación

El artículo 689 del Código Civil dice que «se presentará al Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que este hubiese fallecido». Deberá,

añade, hacerse en el plazo de cinco años desde el día de fallecimiento. Sin este requisito no será válido; el plazo es de caducidad, lo que implica que no se suspenderá por no haber tenido noticia del fallecimiento del testador, o por ignorar la existencia del propio testamento.

Conforme con el artículo 690:

> «La persona en cuyo poder se halla depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado, luego que tenga noticias de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación. También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea, o en cualquier otro concepto».

El plazo de diez días es aquí de responsabilidad, no de caducidad, en el sentido del artículo anterior.

B) Adveración

Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez citará al cónyuge, descendientes y ascendientes del testador y, en su defecto, a los hermanos, citándose asimismo al Ministerio Público si aquellos no residen en el partido, se ignora su existencia o son menores o incapaces que carecen de representantes legales.

El Juez abrirá el testamento si estuviese en pliego cerrado –pues ello no es imprescindible, esto es, el testamento ológrafo puede ser abierto o cerrado indistintamente según sea la voluntad a su firma del testador– y rubricará todas sus hojas junto con el Secretario judicial. Cualquiera de las personas anteriormente citadas podrán pronunciar y hacer de palabra en el acto las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento, para cuya comprobación se servirán de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de tres testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letra (arts. 691 y 692 del CC).

La doctrina dice que el Juez atenderá básicamente a la identidad del escrito, si es o no el mismo que se atribuye al testador, e igualmente si el testamento ha sido cercenado o mutilado, es decir, la integridad del mismo. No deben interesarle las simples taras o vicios de mera anulabilidad del testamento, si no trascienden abiertamente a la sustancia del mismo en cuanto negocio jurídico mortis causa.

C) Protocolización

Si tras la práctica de las diligencias vistas «el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice» (art. 693 del CC). La protocolización se realizará ante el Notario correspondiente, quien dará a los interesados las copias o testimonios que procedan. En otro caso, es decir, si no entiende justificada la autenticidad del testamento, denegará la protocolización. Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante la oposición que suscite, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

8. EL CONTENIDO DEL TESTAMENTO: LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El alcance, el contenido del testamento no es esencial, aunque sí típicamente patrimonial. Esto significa que puede haber un testamento donde el testador no disponga, en contra del concepto que ofrece el Código del testamento como acto de disposición de bienes, quién haya de heredarle o sucederle a título particular (legado) en sus bienes; podríamos hablar, así, con Albaladejo García de un **contenido atípico** del testamento como negocio jurídico, que estaría compuesto por aquel conjunto de disposiciones que caben en el testamento y que se encaminan a regular para después de la muerte cuestiones no patrimoniales, como nombrar personas para cargos tutelares, reconocer un hijo, ordenar cómo será su funeral o si prefiere ser enterrado, incinerado, etc.

Precisiones

Aun careciendo de alcance patrimonial, no pueden confundirse estas eventuales cláusulas del testamento con las propias del que ha sido llamado **testamento vital**, que están previstas fundamentalmente para antes del fallecimiento del interesado. Por ello nuestra legislación prefiere denominar este documento como de instrucciones previas. Es así que el articulo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, señala que por su virtud una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el falleci-

.../...

.../...

miento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Por supuesto, no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

Más en general, en relación con la apreciación volcada en el texto, por eventualidades desconocidas del propio difunto, por encargos de confianza, por reconocimientos tardíos de prole, por revelaciones delictivas, que pueden significar la liberación de los errónea o injustamente penados, todo testamento, y más cuando contiene una declaración de voluntad escrita o verbal del *de cuius*, posee trascendencia. Lo proclamaba así Papiniano, en el pasaje del Digesto donde se expresa que «haereditas, etiam sine nullo corpore, juris intellectum habet» (la herencia, aun sin bienes corporales, tiene sentido en Derecho).

Pero el **contenido típico**, **paradigmático** del testamento, sin duda, y de ahí la definición del Código, es el nombramiento de herederos y, si es el caso, de legatarios. Sobre los legados hablaremos en el siguiente epígrafe; corresponde ahora brindar unas mínimas nociones sobre las formas en que el o los herederos pueden aparecer designados en el testamento.

En este sentido, el Código establece tres formas de designación de heredero: la nominal, la circunstancial y la genérica.

- **Forma nominal.** Es por el nombre y apellidos, y así el artículo 772 establece que «el testador designará al heredero por su nombre y apellidos y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido» (apodo, profesión, etc.).

  Lo importante es que no haya dudas sobre la persona del instituido heredero, por ello el artículo 773 dice que «el error en el nombre o apellidos del heredero no vicia la institución, cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada. Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y estas son tales que no permiten distinguir al instituido, ninguno será heredero».

- **Forma circunstancial.** En defecto de designación nominal, el Código establece, en el párrafo 2.º del citado artículo 772, que aunque el testador haya

omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución. Así, en los casos en que el testador sin dar nombre, instituye herederos a sus hijos o a los hijos de un tercero o los nombra por el apodo.

Como norma de interpretación auténtica, el párrafo 3.º del precepto dice que «en el testamento del adoptante la expresión genérica de hijo o hijos comprende a los adoptivos», una norma hoy totalmente superflua.

En cuanto normas complementarias a las anteriores, y siempre que no sea otra la voluntad del testador, cabe citar las siguientes:

- El artículo 765, en cuya virtud «los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales».
- El artículo 770, según el cual «si el testador instituye a sus hermanos y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado».
- El artículo 771, que establece que «cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente y no sucesivamente».
- El artículo 769, el cual dispone que «cuando el testador nombra unos herederos individualmente y otros colectivamente como si dijere: «instituyo por mis herederos a N y a N y a los hijos de N», los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueren individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador».

- **Forma genérica.** Dentro de esta forma de designación se pueden incluir las llamadas instituciones en favor del alma, de los pobres o de los parientes en general.

  - Instituciones en favor «del alma». Se pueden planear problemas teóricos si el testador instituye «al alma», obviamente carece de personalidad jurídica. Pero el Código Civil, respetando una arraigada tradición religiosa y una antigua práctica admitida por la jurisprudencia, prevé en el artículo 747 esta institución, en el sentido de designación genérica.

    Así, el precepto establece que «si el testador dispusiere de todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio del

alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación...»; es decir, que el testador haya hecho una designación genérica, a la que es asimilable si dijera simplemente que instituye «al alma», aunque también, dentro del género, puede concretar el destino a sufragios, atenciones religiosas o a concretas obras piadosas o de beneficencia.

Si hace la designación genérica en la forma «de alma», o en la expresada en el artículo 747, este mismo artículo ordena el destino concreto de los bienes previendo dos partes, una para sufragios y otra para obras piadosas, aunque ya se ha dicho que el testador puede concretar uno u otro destino. Así, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe: una mitad, como ya se ha dicho, se destinará a sufragios, dando la mitad al diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia; si el testador no profesa la religión católica, la entrega se hará a la jerarquía de la Iglesia a la que pertenezca, que la destinará a los oficios y necesidades de la misma.

La otra mitad, por su parte, se destinará a las obras piadosas, que las cumple la autoridad civil: la otra mitad al Gobernador Civil (actualmente, el Delegado del Gobierno o Subdelegado en caso de comunidades autónomas pluriprovincciales) correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto y, en su defecto, para los de la provincia.

– Instituciones a favor de los pobres. El artículo 749 del Código Civil las regula diciendo que:

> «Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general sin designación de personas ni de población se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad».

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes deberán hacerse «por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas y, si no los hubiere, por el párroco, el alcalde y el juez municipal [hoy, Juez de Primera Instancia], los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran». Lo mismo «se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado».

En efecto, el artículo 992, párrafo 2.º, del Código Civil determina que ha de ser aceptada por las personas designadas por el testador para calificar y distribuir los bienes, y en su defecto, por las que señala el artículo 749, entendiéndose hecha a beneficio de inventario.

– Institución a favor de los parientes. Respecto a la genérica designación de los parientes, como instituidos herederos por el testador, la permite expresamente el artículo 751 del Código Civil, al señalar que la disposición hecha genéricamente a favor de los parientes del testador «se entiende hecha a favor de los más próximos en grado»; no incluye, por tanto, el caso de que el testador designe a unas personas concretas, como los propios hijos o los hijos de un tercero o los sobrinos, ni tampoco el caso que prevé el artículo 671 del Código Civil, que permite al testador encomendar a un tercero la distribución de cantidades que deja en general a clases determinadas como a los pobres, establecimientos de beneficiencia o, cómo no, parientes, en cuyo caso, este tercero no tiene que sujetarse a la norma del artículo 751.

Precisiones

La esencia de la institución a favor de los parientes que contempla el artículo 751 del Código Civil es el llamamiento genérico a personas que quepan en la categoría de parientes. En este caso, dice dicho artículo que se entiende hecha a favor de los más próximos en grado, lo que significa que hay una remisión en bloque a los preceptos legales que regulan la sucesión intestada, salvo que conste que el testador no quiso tal remisión, pues es indudable que el artículo 751 es un precepto de interpretación de voluntad. Dicha remisión en bloque a la sucesión intestada hace que se incluya, en el caso, al cónyuge, que no es pariente propiamente dicho. De la misma manera que si la voluntad del causante se expresara o demostrara más amplia, los parientes podrán encontrarse más allá del cuarto grado de colateralidad, pues aun cuando estos colaterales no sean herederos intestados, sí son parientes.

Dicho ello y completando el último inciso de nuestro texto, sobre el artículo 671 del Código Civil su enunciado incorpora un matiz realmente distintivo en cuanto el tercero no solo puede quedar facultado para distribuir los bienes «entre los parientes», sino para elegir las personas a quienes la categoría, la clase «parientes» deba aplicarse. Recuérdese en este punto la calificación de la norma entre las contadas excepciones al carácter personalísimo del testamento.

9. LOS LEGADOS

9.1. CONCEPTO Y CARACTERES

Como sabemos, el **legado** es la sucesión particular ordenada en testamento (Sancho Rebullida), concepto positivo que sigue el plasmado en el artículo 660 del Código Civil donde se dispone que llámese legatario al que sucede a título particular. Albaladejo García, por su parte, dice que el legado es una disposición mortis causa de bienes a título particular, en beneficio del legatario y a cargo del patrimonio hereditario. Es como si se dijera que es una segregación de un bien o derecho integrante de la herencia por la cual el testador quiere que se atribuya a alguien algo de lo que en su conjunto va a ser del heredero.

Destacan de esta definición:

- Que se trata de una atribución voluntaria mortis causa y a título particular, frente a la condición universal del heredero.
- Que es algo ordenado por el testador; algo que solo se puede establecer por testamento, por lo que no tienen la condición de legado las sucesiones dispuestas por ley a título singular; son atribuciones *ex lege* a título particular o singular, lo que sucede por ejemplo con el derecho de reversión reconocido a favor de los ascendientes por el artículo 812 del Código Civil y al que atenderemos en la última Unidad de este manual. También se dice respecto del cónyuge viudo en cuanto a su cuota legitimaria en usufructuario, aunque su carácter de legatario se discute mucho más.
- Que es una liberalidad; el enriquecimiento del legatario es algo normal en el legado pero no indispensable; así puede «legarse» aquello que se debe (legado de deuda) o puede quedar absorbido por las cargas impuestas (art. 858, párrafo 2.º).

9.2. SUJETOS Y OBJETO

En la estructura del legado aparecen los siguientes elementos personales:

- El testador o disponente.
- El legatario, que es la persona favorecida por la disposición testamentaria y que ha de ser jurídicamente capaz. En este orden de cosas, puede darse

la figura del prelegado, que es el legado hecho en favor del instituido a su vez heredero. En este caso, el Código admite la posibilidad de que se puede aceptar la herencia y repudiar el legado o aceptar el legado y repudiar la herencia (art. 890, párrafo 2.º).

- El gravado. El artículo 858 del Código Civil dispone que «el testador podrá gravar con mandas y legados, no solo a su heredero, sino también a los legatarios». Por tanto, el legatario puede ser gravado, a su vez, con un legado –se entiende menos gravoso– dando lugar a la figura del sublegado.

  Dicho ello, el principio acerca de quien ha de cumplir con el legado lo establece el artículo 859 del Código Civil, según el cual cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él solo quedará obligado a su cumplimiento. Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

  En el supuesto de sublegado, el legatario gravado «no estará obligado a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor de legado». Si son varios los legatarios obligados deberá aplicarse el mismo principio que a los herederos: la obligación de cumplimiento será proporcional al valor de los legados en su favor dispuestos por el causante.

En cuanto al **objeto del legado**, y a reserva de las particularidades que veremos en relación con cada clase, el Código en el artículo 865 dispone que «es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio». Por tanto, todas las cosas *intra comercium* podrán ser objeto del legado. Pueden ser tanto cosas materiales como derechos o prestaciones a cumplir por el gravado en cuyo caso deberán ser posibles, lícitas y determinadas; hasta pueden ser cosas ajenas, como veremos, al patrimonio del causante.

9.3. RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN DEL LEGADO Y DE RESPONSABILIDAD DEL LEGATARIO

Es desde el momento de la muerte del causante que el legatario deviene titular de lo legado. No es necesario, a diferencia de lo que ocurre con la aceptación de la herencia, con el heredero, que el legatario acepte. Por supuesto, el legatario puede repudiar el legado, acto que tiene efectos retroactivos, como si nunca lo hubiera adquirido.

La regla comentada acerca de la adquisición automática se produce, eso sí, siempre que el legado se haya establecido en forma pura, sin condición ni término. A ello se re-

fiere el artículo 881 que dispone que «el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos». Si se dispuso el legado bajo condición suspensiva o término inicial, la adquisición se producirá cuando se cumpla la condición o llegue el término. Caso de morir el legatario antes de cumplirse la condición no transmitirá nada a sus herederos porque nada habría adquirido.

El Código recoge, asimismo, normas específicas en relación con la aceptación parcial, como la que establece que el legatario de varios legados podrá aceptar todos o repudiar el que quiera si todos son onerosos o gratuitos; la que dispone que el legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra si esta fuera onerosa; o la que se refiere a que si de varios legados uno es oneroso no podrá repudiar este y aceptar el otro (arts. 889 y 890).

En el prelegado, el heredero podrá aceptar el legado y repudiar la herencia, o aceptar esta y repudiar aquel (art. 890).

Es importante advertir que, aunque se prevé adquisición automática del legado (puro y simple), ello no implica que el legatario pueda tomar por sí directamente el objeto del legado, sino que será el heredero gravado o el albacea autorizado el que tendrá que cumplimentar con su entrega, no cumple con dar su estimación, su valor. Los gastos de la entrega serán a cargo de la herencia (art. 886).

Por lo que respecta a las responsabilidades del legatario, por principio este no responde ni de las deudas del causante ni de las cargas de la herencia, y en cualquiera caso no lo hará «sino hasta donde alcance el valor del legado» (art. 858). Es así que el testador podrá imponer al legatario que responda de deudas y cargas, pero con el límite citado, siendo que si toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios, siempre dentro de tal límite y a prorrata, responderán de las deudas y cargas salvo que el testador disponga lo contrario (art. 891).

9.4. CLASES

La doctrina distingue entre legados típicos y atípicos. Legados típicos son aquellos que el Código Civil regula, que son los más frecuentes en la práctica. Junto a ellos, existen aquellos que el testador establece de acuerdo con su voluntad y que se regirán por las normas generales de los legados y por las disposiciones ordenadas por el testador: son los denominados legados atípicos.

Más particularmente, siguiendo a O'Callaghan Muñoz, corresponde realizar la siguiente clasificación:

1.º **Legados de cosas**, que se subdividen en:

a) Legados de cosa específica que pueden ser:

- De cosa propia. Se refiere al mismo artículo 882, según el cual el legatario adquirirá la propiedad desde que el testador muera, es decir, desde la apertura de la sucesión siempre que coincida con la adquisición. Como consecuencia, el legatario hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte (art. 882). También como efecto de la adquisición automática de su propiedad, el artículo mencionado dispone que «la cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora».

  La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador (art. 883).

- De cosa ajena. El artículo 861 del Código Civil establece que el legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, será válido correspondiendo al legatario probar que el testador sabía que era ajena, aunque será válido si la adquiere después de otorgado el testamento (art. 862).

  El legado de cosa ajena es un legado con efectos meramente obligacionales, pues el legatario adquiere el derecho a exigir al gravado la realización de una prestación, la entrega de la cosa, prestación cuyo cumplimiento consistirá en adquirir la cosa del tercero. Así, el artículo 861 dice que el heredero estará obligado a adquirir la cosa ajena legada para entregarla al legatario; y no siendo posible, a dar a este su justa estimación. El gravado, pues, deberá entregar la cosa, y solo en caso de imposibilidad de adquirirla para dársela al legatario pagará la estimación justa; imposibilidad que puede obedecer a que el propietario no quiera o no pueda venderla o a que pida un precio excesivo.

- Alternativo. Es aquel cuyo objeto son varias cosas –o derechos–, por lo que solo una debe ser entregada por el obligado al legatario. El artículo 874 dispone que «en los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador». Por

tanto, salvo disposiciones contrarias del testador, la elección corresponderá al obligado (arts. 1.131 a 1.136).

- De cosa gravada. Se regula en los artículos 867 y 868. Del primero surgen dos supuestos:

  - El caso de que el testador legare una cosa gravada con una prenda o hipoteca para la seguridad de una deuda exigible, siendo que el pago de esta quedaría a cargo del heredero, al punto de que si, por no pagar al heredero, lo hiciere al legatario, quedará este subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.
  - En cambio, si la cosa legada se hallare afecta a cualquier otra carga perpetua o temporal (usufructo, uso, habitación), pasará con esta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses o réditos devengados hasta la muerte del testador serán a cargo de la herencia.

b) Legado de cosas genéricas. Es aquel por el que el testador impone al gravado una obligación genérica a favor del legatario. Se suele distinguir entre legado de género y de cantidad.

En primer lugar, el artículo 875 afirma la validez del legado de cosa mueble genérica, aunque no haya cosas de su género en la herencia, estableciendo que el legado de cosa inmueble no determinada solo será válido si la hubiere de su género en la herencia. La elección corresponderá al heredero, si el testador no ha concedido expresamente la facultad de elección, que concluirá dando una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior. Si el testador ha dejado expresamente la elección al heredero o legatario, el primero podrá dar, o el segundo elegir, lo que mejor les pareciere (art. 876). En cuanto a los frutos e intereses, el artículo 884 dispone que los mismos desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiere dispuesto expresamente.

Respecto de la subespecie de legado de cantidad, en la que el testador dispone el pago de una cantidad de dinero, y, por tanto, de género, de acuerdo con el artículo 884 los intereses no se deben desde la muerte del testador salvo que haya dispuesto expresamente lo contrario. Por tanto, los intereses se deberán desde la reclamación del legado, que pone en mora al obligado a su pago. Estos legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia (art. 886, párrafo 2.º).

c) Legado de prestaciones periódicas que puede ser:

- De pensión. Dice el artículo 880 que «legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá exigir el primer periodo, así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a devolución aunque el legatario muera antes que termine el periodo comenzado».

  Es un legado de prestación periódica sin finalidad concreta. La generalidad de la doctrina (Albaladejo García, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, Manresa y Navarro, Ossorio Morales, Serrano Alonso) mantiene que el derecho a la pensión legada es único, procedente de un único legado, aunque con vencimientos sucesivos de las cantidades correspondientes a cada uno de los periodos.

- De alimentos. Este legado tiene por objeto facilitar al legatario medios económicos necesarios para su subsistencia, ordenando a tal efecto al testador que le sea entregada periódicamente una cantidad de dinero. El artículo 879 lo regula diciendo que el legado de alimentos dura toda la vida del legatario, si el testador no dispone otra cosa. Si el testador no hubiese señalado cantidad se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia. No obstante, si el testador hubiera acostumbrado en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, eso sí, mientras no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

- De educación. Este legado atribuye al legatario el derecho a percibir periódicamente determinadas cantidades, con la finalidad de proporcionarle los medios que precise para su educación. Al igual que en el legado de alimentos la cuantía será la determinada, caso contrario será la necesaria para la educación del legatario. En cuanto a su duración, dispone el artículo 879 que dura hasta que el legatario sea mayor de edad, aunque se ha de estimar corregido el punto al amparo del cambio de los tiempos y con base en el artículo 142, párrafo 2.º, manteniéndose aun después de alcanzada dicha edad cuando no haya finalizado su formación el legatario por causas que no le sean imputables. En todo caso, como sucede con la cuantía, el testador puede disponer un plazo distinto.

2.º **Legados de derechos** que se dividen en:

- Legado de crédito. Es el legado que tiene por objeto el crédito que el testador tiene contra un tercero. El artículo 870 del Código Civil establece, en tal sentido, que el legado de crédito contra un tercero solo surtirá efecto en la parte del crédito subsistente al tiempo de morir el testador.

  El efecto, pues, que tiene el legado es la adquisición de la titularidad activa del crédito al ocupar en la relación obligatoria el lugar del causante, por lo que, de acuerdo con el artículo 870, párrafo 2.º, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor. De tal manera, el legado de crédito impone al heredero un *facere*, una cesión que para ser eficaz respecto de tercero debe hacerse en documento público (art. 1.280). También deberá entregar el heredero al legatario los documentos o títulos justificativos del crédito.

  El legado comprenderá los intereses que por el crédito se debieren al morir el testador (art. 870, párrafo 4.º).

  De conformidad con el artículo 871, párrafo 1.º, caducará especialmente este legado si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque este no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.

- Legado de liberación. Este legado tiene por objeto liberar al legatario de una deuda existente, de la que es acreedor el testador. El artículo 870 dice que el legado de percibir o liberación de una deuda del legatario, solo surtirá efecto en la parte de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador, quedando la deuda extinguida por condonación, debiendo el gravado dar al legatario carta de pago, si la pidiere (art. 870, párrafo 3.º).

  El legado comprenderá los intereses que por la deuda se debieren al morir el testador (art. 870, párrafo 4.º).

  Si lo legado fuera una cosa dada en prenda, empeñada, solo se entenderá remitido el derecho de prenda.

  Si el legado es genérico de liberación o perdón de las deudas comprenderá las existentes al tiempo de hacer el testamento, no las posteriores (art. 872), a no ser que sea otra la voluntad del testador.

  El legado caduca, se entiende revocado, si después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque este no se haya llegado a realizar al tiempo del fallecimiento (art. 871).

- Legado de deuda. Es el legado que hace el deudor a su acreedor, consistente en gravar al heredero con el cumplimiento de la prestación debida por aquel. Lo esencial es que el objeto legado era ya debido por el causante al legatario, es decir, le lega lo mismo que debe.

  El artículo 873 establece que el legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente. Dice O'Callaghan Muñoz que salvo en este último caso en que el acreedor tendría dos títulos para cobrar la deuda (por sí misma y por el legado) se trata de un legado normal que adquiere el legatario, el cual conserva su derecho a cobrar la deuda. Si hace la declaración expresa el testador de imputar el legado a la deuda, el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado (art. 873, párrafo 2.º).

A un aparte queda el legado de parte alícuota para cuya muy especial problemática nos remitimos a la distinción básica entre sucesores vista ya en la Unidad 6.

9.5. INEFICACIA DEL LEGADO POR DISPOSICIÓN POSTERIOR DEL TESTADOR O CAUSA SOBREVENIDA

El Código en el artículo 869 prevé tres supuestos específicos en que legados perfectamente válidos, cuando los estableció el causante en el testamento, han de considerarse sin efecto no obstante. Son los siguientes:

- **Transformación.** Se entiende que si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía, su voluntad (tácita) ha sido la de revocar el legado. Por supuesto es necesario que la transformación sea realizada u ordenada por el testador, no bastando con que ocurra por caso fortuito o por obra de un tercero.
- **Enajenación.** Igualmente sucede, cual revocación tácita, «si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda solo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa»; esta excepción parece fundarse en que el testador no habría querido, al incorporar el pacto de retro, desprenderse definitivamente, al menos en cierta medida, de la cosa.

- **Pérdida de la cosa legada.** Si la cosa perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero, el legado que la tuviera por objeto, todavía dispuesto en el testamento, resultará inoperante y, por tanto, inexigible. No obstante, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie según lo dispuesto en el artículo 860, por el carácter genérico de la obligación a cargo del heredero en este caso.

Junto a los tres casos reseñados, debe citarse igualmente como supuesto de ineficacia del legado, su carácter inoficioso, a saber: que no se respete por su medio el contenido, el alcance de las legitimas, algo que se comprenderá con mayor facilidad en el seno de la Unidad siguiente.

9.6. ORDEN DE PRELACIÓN

El artículo 887 del Código Civil dispone que:

> «Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará por el siguiente orden:
>
> 1.º Los legados remuneratorios.
>
> 2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.
>
> 3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.
>
> 4.º Los de alimentos.
>
> 5.º Los de educación.
>
> 6.º Los demás a prorrata».

Por tanto, ante el hecho de que los bienes hereditarios no alcancen para cubrir todos los legados, se establece por el precepto un orden de preferencia para el pago de los mismos, que se aplicará cuando sea un hecho la insuficiencia del caudal hereditario, o se deje entrever esa posibilidad por datos racionales (Sánchez Calero).

Pero si la mentada insuficiencia del caudal hereditario se produce por no respetarse en su cuantía las legítimas, esto es, cuando absorban los legados tal cantidad de patrimonio hereditario que no puedan satisfacerse las legítimas, aquellos habrán de reducirse o

anularse, si es preciso, a prorrata a no ser que el testador haya ordenado la preferencia de alguno de ellos (art. 820.2.º). Dicho al revés: si no hay legitimarios respecto de la herencia, y con las mandas y legados se excediera de los bienes dejados, procederá la prelación que ordena el artículo 887 del Código Civil (Albaladejo García).

10. LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

La sustitución implica en Derecho de sucesiones una institución de heredero o legatario subordinada a otra. Siguiendo a Díez-Picazo, se trata de la disposición del testador por la que ordena que otra persona se coloque en el lugar ocupado por el heredero primeramente instituido.

Las sustituciones pueden ser, así, de primer o segundo grado. En las primeras, el sustituto es llamado solamente para el caso de que el primer instituido no llegue a heredar. Es la llamada también sustitución vulgar. El llamamiento es alternativo, directo.

En las segundas, el sustituto es llamado a ocupar el lugar del instituido, a partir de determinado momento; o sea, para después que este lo sea y haya disfrutado ya de la herencia (por ejemplo, caso de muerte o que se cumpla determinada condición). Es la sustitución fideicomisaria, resultando el llamamiento sucesivo, indirecto, por cuanto supone la transmisión hereditaria dispuesta por quien instituye sucesivamente a dos personas, que disfrutan, una tras otra, de los bienes hereditarios.

El Código Civil regula en los artículos 774 a 789 las sustituciones, distinguiendo cuatro tipos de sustituciones: vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria. Por su parte, el artículo 789 dispone la posibilidad de la aplicación del régimen que disciplina –aunque mucho menos común en la práctica– a favor de los legatarios, al decir que «todo lo dispuesto en este Capítulo respecto de los herederos, se entenderá también aplicable a los legatarios». Esto explica que veamos las sustituciones hereditarias ahora, luego de los legados.

10.1. LA SUSTITUCIÓN VULGAR

Se define como el llamamiento de un segundo o ulterior heredero para el caso de que el primer instituido no llegue a serlo. El artículo 774 dispone en tal sentido que «puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia».

EJEMPLO 2

«A» muere instituyendo como heredero a su único hijo, «B», pero para el caso de que «B» renuncie a la herencia designa a «C», sobrino de «A».

En cuanto a su **naturaleza jurídica**, la visión que se mantiene sobre la base del Derecho histórico es que estamos ante una institución de heredero condicional, en la que la condición suspensiva negativa consiste en el hecho futuro e incierto de que no llegue a ser heredero el primer instituido.

Luego la sustitución vulgar tiene lugar y produce sus efectos en todos aquellos casos en que el instituido no llegue a heredar, supuestos que se pueden agrupar en dos categorías:

- Supuestos en que no quiera ser heredero (por ejemplo, porque repudia la herencia).
- Supuestos en que no puede serlo (por ejemplo, porque muere antes que el causante o porque es indigno de recibir la herencia).

Específicamente, el Código recoge en el artículo 774 el supuesto de premoriencia, separado del de no poder y del de no querer. Estos supuestos son ejemplificativos, no exhaustivos, pues faltan, además de los mencionados casos de premoriencia y repudiación, los relativos a la indignidad para suceder, el de la invalidez de la institución de heredero, el de la revocación de la institución que no incluya la de la sustitución vulgar, entre otras. En todo caso, el testador puede circunscribir los efectos de la sustitución a las causas que desee. Si nada prevé se entiende que el sustituto lo ha sido para todos los casos. Así lo dispone el artículo 774, párrafo 2.º que dice: «la sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario».

En cuanto a sus modalidades, la sustitución vulgar puede ser planteada por el testador nombrando:

- **Un sustituto para un instituido.** Se puede calificar de sustitución singular, se nombra un sustituto vulgar a cada heredero.
- **Un sustituto para varios instituidos.** A este supuesto se refiere el artículo 778 al decir «una sola a dos o más herederos».

- **Varios sustitutos para un instituido.** Previsto también en el artículo 778 cuando dice «pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola». Los sustitutos pueden ser nombrados conjuntamente (para ocupar entre todos el puesto del instituido que no sucede), entendiéndose llamados por partes iguales a falta de fijación de otras por el testador (art. 765). O pueden haber sido nombrados de forma sucesiva, de modo que cada sustituto resulte llamado en principio a la totalidad de la sucesión, cuando no la reciban ni el instituido heredero ni ninguno de los sustitutos designados antes que él.
- **Varios instituidos herederos que son sustitutos entre sí (*in vicem*).** Es la llamada sustitución recíproca. A ella se refiere el artículo 779 que dispone que «si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador».

El **efecto esencial** de la sustitución vulgar es que, dada la causa de sustitución correspondiente, el sustituto adquiere el derecho hereditario, que le permite aceptar o repudiar la herencia, y si muere sin ejercitar el *ius delationis*, pasa por imperativo del artículo 1.006 a sus herederos. Se entiende que el sustituto hereda, así, directamente del causante y no del primeramente instituido al que sustituye por alguna de las causales que hemos visto, «cerrándose el círculo» una vez aceptada la herencia, lo que viene a expresar que no existe derecho alguno a heredar de quien fuera llamado sustituto ulterior respecto del sustituto aceptante.

Precisiones

La sustitución vulgar se extingue si el instituido (el llamado primeramente a heredar) sobrevive al testador y acepta la herencia, en cuyo caso los bienes ya le corresponden. Ahora bien, si sobrevive el instituido y muere sin aceptar ni repudiar la herencia, ese derecho pasa a sus herederos, no al sustituto, pues antes se aplica el artículo 1.006 del Código Civil en su favor.

De ahí nace una importante diferencia con la sustitución fideicomisaria –de cuyo más complejo régimen nos ocuparemos en breve–, en que la aceptación del fiduciario no significa adquisición de derechos sucesorios por sus herederos; ya que es personal el disfrute de los bienes sujetos a la sustitución. Por el contrario, la repudiación del fiduciario simplifica y abrevia la adquisición sucesoria por el fideicomisario, ya heredero normal, que transmite a los suyos la sucesión aceptada. También, si el fideicomisario sobrevive al testador y no ha aceptado aún, pueden hacerlo sus sucesores.

Existe, por último, gran controversia sobre la relación entre la sustitución vulgar y el derecho de acrecer, sobre cuál de tales institutos ha de primar. El artículo 986 del Código Civil parece anteponer el derecho de acrecer a la sustitución, aunque un importante sector doctrinal (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, Serrano Alonso) entiende que debe ser justamente al revés. Sea como fuere, el testador puede hacer prevalecer la institución sobre el derecho de acrecer o viceversa.

10.2. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR

El Código Civil reconoce la sustitución pupilar en el artículo 775 al disponer que «los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad».

EJEMPLO 3

«A» muere instituyendo como heredero a su único hijo, «B», de diez años de edad, nombrando sustituto a «C», sobrino de «A» y primo de «B», para el supuesto de que «B» no alcance los catorce años de edad.

Sobre la cuestión de su **naturaleza jurídica**, se han formulado dos posturas opuestas:

- La que considera que la sustitución refiere en verdad un testamento otorgado, no por el causante menor de catorce años, sino por su ascendiente, por lo que supondría la disposición sobre la sucesión ajena, comprendiendo en consecuencia todos los bienes del menor sustituido. Es la opinión que sostienen Albaladejo García, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, entre otros.
- Aquella otra en cuya virtud se sostiene que por su juego viene a regularse la sucesión ajena del menor, por el mismo testamento del ascendiente, del sustituyente, por lo que sustituir supone designar sucesor, en segundo lugar, para el propio ascendiente, siendo, por tanto, que solo comprende los bienes transmitidos por el ascendiente al menor. Así opinan Castán Tobeñas o Lacruz Berdejo.

En cuanto a los **sujetos** que intervienen en esta segunda clase, mucho más específica, de sustitución, son tres:

- El sustituyente, que es o son los padres o ascendientes que en testamento hacen la designación de sustituto a sus descendientes menores de catorce años.
- El sustituido, que es el menor de catorce años a quien el sustituyente (ascendientes) nombra sustituto; es el causante de la herencia.
- El sustituto, que es el heredero que el sustituyente (ascendientes) designa al sustituido (menor de catorce años).

Puede plantearse, así, por rocambolesco que parezca que varios ascendientes, a la vez, designen sustituto para su hijo; en este supuesto de que existan varios sustitutos nombrados por diversos ascendientes, o por padre y madre, ¿qué sustituto ha de prevalecer?

La respuesta guarda coherencia con la visión que se mantenga sobre la sustitución. De acuerdo con la segunda teoría expuesta acerca de su naturaleza jurídica, no existirá inconveniente alguno pues cada sustituto heredará los bienes dejados por el sustituyente al sustituido, ya que la sustitución únicamente comprende los bienes transmitidos por el sustituyente.

En cambio, si seguimos la primera posición, como la sustitución comprende todos los bienes del menor sustituido, si se plantean problemas. Entre sus valedores se estima que si han de considerarse válidas todas las sustituciones, ello obligará sí o sí a la reducción proporcional de lo dispuesto cada vez de cada una.

Precisiones

Albaladejo Gacía opina que, como solución a la hipótesis, los testamentos distintos de ascendientes del mismo grado no deben sino coordinarse «en lo que quepa y en lo que no, u optar por que mutuamente se inutilicen o por que valgan pero con reducción proporcional de sus disposiciones (por ejemplo, si el padre y la madre testaron por el incapaz, nombrándole cada uno un heredero distinto, serán herederos por mitades los nombrados)» criterio este que termina considerando preferible, «con la salvedad quizás de que en lo que pudiera haber dejado al incapacitado [en el ejemplo que pone de sustitución ejemplar antes que pupilar, aunque el régimen en su espíritu, como veremos, resulte el mismo tratándose de la "incapacidad *ex lege*" del menor de catorce años] el sustituyente que sea, preferente la sustitución que en él establezca».

Respecto de los **efectos** de la sustitución pupilar, el fundamental consiste en que el sustituto será llamado a la herencia del causante menor de catorce años, convirtiéndose en su heredero si acepta, y siempre con el debido respeto a la cuota legitimaria de los «herederos forzosos» del menor.

Precisiones

El proceso nos lo ilustra Lacruz Berdejo del siguiente modo:

> «La sustitución tiene eficacia gradual, es decir, el supuesto inicia su virtualidad con la muerte del sustituyente y la consolida al fallecer el sustituido. Mientras el sustituyente vive, no produce efecto alguno. Es precisa, por tanto, para su eficacia, la sobrevivencia del sustituido al sustituyente. Fallecido el sustituyente en vida del sustituido, este deviene heredero de aquel, y además deviene perfecta, aunque todavía no eficaz, la disposición que el sustituyente ha hecho en favor del sustituto» (STS de 7 de noviembre de 2008).

Y continúa:

> «La herencia o legado en favor del sustituido se disuelven en su patrimonio, mas conservando los bienes resultantes de la liquidación la individualidad precisa para poder encaminarlos, en su momento, hacia el patrimonio del sustituto. No obstante, no dispone la ley limitación alguna a la alienabilidad de las cosas objeto de sustitución, de lo que se deduce la subrogación del precio en la cosa y, en general, la conservación de la masa relicta al menos en valor, de acuerdo con la presumible voluntad del sustituyente».

De modo que:

> «El sustituto no adquiere derecho a la herencia por fallecer el sustituyente, sino el sustituido, al cual ha de sobrevivir el sustituto, a diferencia de la sustitución fideicomisaria».

Únicamente:

> «Fallecido el sustituido, sucede el sustituto: *in natura* en los bienes que conserven su individualidad (sean los iniciales o los subrogados), y en valor en aquellos otros que no hayan desaparecido sin dejar huella o cuyo precio no se haya consumido. Habrá de tenerse en cuenta, en su caso, lo pagado por deudas del caudal a costa del patrimonio del primer llamado».

En todo caso, la sustitución pupilar, como especial institución hereditaria, dejará de producir todo efecto cuando el sustituido alcance la edad de catorce años, por cuanto a partir de ella ya podrá testar.

10.3. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR O CUASIPUPILAR

El artículo 776 del Código Civil consagra la **sustitucion ejemplar o cuasipupilar** –en cuanto a ejemplo o semejanza de la sustitución pupilar– cuando afirma que «el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental», añadiendo que la sustitución quedará «sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón».

Y es que las sustituciones pupilar y ejemplar tienen el mismo fundamento (falta de capacidad para testar por incapacitación en la ejemplar). Por lo que lo expuesto al tratar sobre la naturaleza jurídica de la sustitución pupilar, que es verdaderamente un testamento otorgado por otro –por el ascendiente, que regula la sucesión del incapacitado y comprende todos sus bienes–, es aplicable aquí.

En relación con los sujetos, el sustituyente y sustituto, hay igualdad con la sustitución pupilar, planteándose respecto al sustituto, heredero nombrado, al igual que en aquella, el problema de pluralidad de sustitutos nombrados.

En cuanto al sustituido, este es el descendiente mayor de catorce años que, conforme a Derecho, haya sido judicialmente declarado incapaz por enajenación mental.

Los efectos son análogos a la sustitución pupilar, siendo de aplicación asimismo el artículo 777 del Código Civil, referido al respeto, en todo caso, de las legítimas del sustituido.

Dada su función, dejará de producir efectos la sustitución ejemplar si el sustituido ha otorgado testamento en intervalo lúcido, así como en el caso de que recobre la razón, que supondrá una resolución judicial que deje sin efecto la incapacitación previa, recuperando así la plena capacidad de obrar. Pero, tampoco tendrá efectividad en el caso de testamento válido otorgado antes de ser incapacitado, hipótesis poco imaginable en la práctica.

10.4. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Con arreglo al artículo 781 del Código Civil:

«Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador».

EJEMPLO 4

«A» fallece y deja como heredero del tercio de libre disposición a su hijo «B», pero, muerto «B», indica que lo sea «C» (hijo de «B» y nieto de «A»).

Se produce, así, un doble llamamiento, sucesivo y necesario en el tiempo, de modo que tres serían los sujetos imprescindibles en la materia, a saber:

- El **fideicomitente**, que es el causante de la sucesión, el testador, al cual suceden las dos personas siguientes (en calidad de herederos, pero también, si se trata de una disposición particular, de legatarios, pues nada impide fideicomisos de índole particular).
- El **fiduciario**, quien sucede al fideicomitente en primer lugar, y cuando venza el plazo o se cumpla la condición fijada en el testamento, él –o sus herederos– entregará el patrimonio hereditario al fideicomisario.

  El fiduciario es un heredero, lo que significa que es propietario de los bienes fideicomitidos, si bien con carácter temporal o condicional. No obstante, está sometido a limitaciones derivadas de la obligación que tiene de conservarlos para transmitirlos, pero sin que tal obligación sea tan estricta como para no poder disponer de ellos al objeto de cumplir obligaciones contraídas en vida por el causante, el pago de las deudas hereditarias, hacer entrega de las legítimas o legados o si se trata de bienes de naturaleza no conservable.

  Cuando llegue el término o se cumpla la condición, está obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por tales conceptos, por tales gastos legítimos, así como por créditos necesarios y mejoras, salvo el caso en que el testador hubiese dispuesto otra cosa (art. 783, párrafo 2.º).

- El **fideicomisario**, quien es el que, cumplida la condición o el plazo, está llamado a recibir todos o parte de los bienes dejados por el fideicomitente; su calidad es de heredero de este, y no del fiduciario, lo que tendrá importancia de cara a cuestiones como las de su capacidad para suceder (eventual indignidad), que solo se predicará respecto del fideicomitente, pues a él es a quien hereda. Como correlato de esto, establece el artículo 784 del Código Civil que «el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquel pasará a sus herederos». No obstante, si la sustitución fideicomisaria fuera condicional, hasta el cumplimiento de la condición, no se producirá a su favor la delación; en tal caso, posee una expectativa, al punto de que si muere antes de que se cumpla la condición no habrá de transmitir derecho alguno a sus herederos (art. 759 del CC).

  Por supuesto, el o los fideicomisarios poseen acción contra el fiduciario que haya incumplido o cumplido deficientemente su deber de conservar los bienes fideicomitidos.

Precisiones

La sustitución fideicomisaria supone un orden sucesivo de llamamientos, en el que el fiduciario no es titular definitivo de la herencia, por lo que no puede disponer de ella –siquiera en su totalidad, si tal ha sido la voluntad del testador–, pues debe realizar la entrega, cumplir con el tránsito de los bienes en favor del fideicomisario, cuando llega el término o se produce la condición.

Por principio, el fideicomisario tomará posesión de la herencia a la muerte del fiduciario, salvo que el testador ordene otra cosa, estableciendo un término distinto o una condición.

Doctrina y jurisprudencia se han planteado que en el caso de que el fiduciario premuera al fideicomitente, o no pueda heredar o repudie la herencia fideicomitida, no sería lógico que se frustrara el fideicomiso, con el perjuicio para el fideicomisario (como no sucede en el supuesto de que el fideicomisario renuncie a su derecho, caso en el que el fiduciario deviene heredero único), entendiendo que la herencia la adquirirá directamente el fideicomisario, en lugar del fiduciario como un sustituto vulgar; se concluye de tal modo que la sustitución fideicomisaria, en tal caso, implicaría la vulgar.

Por otra parte, el artículo 781 del Código Civil limita la validez de las sustituciones fideicomisarias al establecer que serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. La cautela responde a la finalidad de evitar la perpetuidad de las sustituciones fideicomisarias; pero la limitación no existe cuando se refiere a fideicomisarios vivos en el momento de la muerte del testador, que produce la apertura de la sucesión. Si no viven en tal momento, el Código establece el límite de «que no pasen del segundo grado».

¿Qué debe entenderse, pues, por «segundo grado»? Hoy en día no se discute que grado equivale a llamamiento efectivo, transmisión. Por tanto, puede ser llamado como sustituto fideicomisario cualquier persona que viva al momento de la apertura de la sucesión –aunque a su través se supere una doble transmisión–, mientras que solo serán admisibles dos llamamientos sucesivos en favor de personas que no vivan al abrirse la sucesión del causante, sin contar el llamamiento inicial al fiduciario que es un instituido, no un sustituto.

Precisiones

Son posibles, entonces las sustituciones fideicomisarias sucesivas, de modo que el padre nombre fiduciario a su hijo, primer fideicomisario a su nieto y segundo fideicomisario a su bisnieto.

Por tanto, serán nulas las sustituciones fideicomisarias que traspasen los límites señalados en el artículo 781, pero sin que esa nulidad acarree la de las trasmisiones que hayan de operar dentro de ellos, como surge del artículo 785.2.º y 3.º

Un segundo límite para estas sustituciones atiende al necesario respeto de la legítima derivado del principio de intangibilidad de la misma; así lo establece el artículo 782 del Código Civil al decir que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. En cambio, si recayeran sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse en favor de los descendientes.

Hasta aquí el régimen que podríamos decir común del fideicomiso sucesorio. Sin embargo, y como ya veíamos, refería el artículo 781 del Código Civil que el testador

puede permitir la plena disponibilidad sobre una parte de los bienes por el fiduciario, limitando entonces su deber de conservación respecto del resto. Sobre la base de tal referencia pero también en la previsión del artículo 783 del Código Civil, párrafo 2º, al recordar que el fiduciario estará obligado a transmitir la herencia al fideicomisario, «salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa», se permite –con antecedentes en el Derecho romano– el llamado fideicomiso de residuo.

El **fideicomiso de residuo** se trata de aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero (o legatario) fiduciario a una persona, pero en lugar de tener que conservar entera la herencia fideicomitida (o bienes legados), para que en su día pase íntegra al fideicomisario que designa el testador, se le permite disponer, de modo que el fideicomisario adquiera en el momento de la restitución del fideicomiso solo los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto, o no adquiera ninguno, si es que, legitimado, hubiera dispuesto de todos. Como el derecho que se confiere al fideicomisario es el de adquirir únicamente la parte de herencia que el fiduciario conserve en su poder, es decir, lo que reste de esta, o el residuo de la misma, se comprende la denominación de la figura (Albaladejo García).

11. REVOCACIÓN, NULIDAD Y CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

El testamento puede perder su eficacia por tres motivos fundamentales: por revocación, por nulidad o por caducidad. Tal como sintetiza Ossorio Morales, la nulidad implica un defecto o vicio concurrente en el otorgamiento del testamento, que determina su invalidez; la caducidad, en los casos excepcionales en que puede tener lugar, tasados por la ley, opera por el mero transcurso del tiempo, sobre un testamento inicialmente válido; la revocación presupone también un testamento válido y se produce por la voluntad del propio testador, que ordena dejar sin efecto aquel.

Nuestro Código Civil en el epígrafe correspondiente a la Sección 10.ª, Título III, Capítulo Primero, lleva por título «De la revocación e ineficacia de los testamentos», como si fueran conceptos contrapuestos, pero no es así. La revocación es un tipo de la ineficacia del testamento. Por otra parte, los artículos mencionados se refieren exclusivamente a la revocación, estando dispersas en el articulado del Código las normas relativas a los demás tipos de ineficacia.

En todo caso, el Código Civil establece una presunción general de validez y eficacia del testamento al disponer en su artículo 743: «caducarán los testamentos o serán ineficaces, en todo o en parte, las disposiciones testamentarias, solo en los casos expre-

samente prevenidos en este Código». Lo que significa que en materia de ineficacia hay que proceder con criterio restrictivo, partiendo de rechazarla, en principio, si no está expresamente establecida en la ley, aunque no al punto de impedir que, aun a falta de esta declaración expresa, pueda la invalidez ser acogida si el testamento no reúne los requisitos que la ley exige para su eficacia.

11.1. REVOCACIÓN

11.1.1. Concepto

El Código Civil consigna la regla fundamental de que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas (art. 737, párrafo 1.º). La revocación, es pues, el negocio jurídico unilateral mortis causa por el que el causante deja sin efecto un testamento anterior. Es personalísimo, requiere la capacidad para testar y una voluntad no viciada.

11.1.2. Clases

Acostumbran los autores a dividir la revocación, por razón de su forma, en expresa (que es la que tiene lugar cuando el testador manifiesta su voluntad de revocar), tácita (cuando el cambio de voluntad se deduce del otorgamiento de un testamento posterior) y real o material (cuando surge de hechos tales como el de destruir o inutilizar el otorgante su propio testamento).

En la **revocación expresa**, el testador declara explícitamente que es su voluntad dejar sin efecto un testamento anterior, y lo debe declarar con las solemnidades necesarias para testar (art. 738), es decir, mediante un nuevo testamento. No es preciso que el nuevo testamento sea de la misma clase que el anterior; basta que sea válido.

Puede ocurrir, como dice O'Callaghan Muñoz a quien seguimos, que el testador simplemente revoque el testamento anterior sin ordenar una nueva disposición testamentaria, en cuyo supuesto se dará la sucesión intestada; que la revocación únicamente afecte a alguna de las disposiciones del testamento anterior, en cuyo caso, será ineficaz en la parte no revocada; o que el testamento revocatorio, a su vez, contenga nuevas disposiciones que regulen la sucesión del causante. Pero en todo caso, por la propia noción, solo puede haber revocación expresa si tal voluntad aparece manifestada en el nuevo testamento.

La **revocación tácita** se produce, en cambio, en el caso de que el testador no declare expresamente su voluntad de revocar el testamento anterior, pero se deduce del otorgamiento de uno posterior. Para el supuesto, la norma básica se encuentra en el artículo 739 del Código Civil, en cuya virtud «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte».

La revocación deja sin efecto el testamento anterior, si es total, o las disposiciones a que se refiera, si es parcial, debiendo entenderse, cuando el testador no distinga, que tiene el primer carácter.

Y subsiste y produce sus efectos la revocación aunque la institución de heredero o nombramiento de legatarios, hechos en el segundo testamento, queden sin efecto por incapacidad o renuncia de los mismos (art. 740 del CC).

El problema realmente se plantea con respecto a si cabe conservar la eficacia de un testamento anterior cuando en el posterior no se hace la declaración de voluntad expresa de que subsista, pero se puede deducir esa voluntad del propio testamento posterior que solo otorga disposiciones complementarias del primero o sin contenido patrimonial, o alguna de escasa trascendencia en relación con la total sucesión ordenada en el testamento anterior. La opinión afirmativa, que ya había mantenido Manresa y Navarro, la sigue la doctrina más moderna. Así, se puede mantener que la voluntad de conservar la eficacia del testamento anterior no solo puede ser expresa, a la que se refiere el artículo 739, sino también tácita, deducible del propio testamento posterior. Lo que corrobora la jurisprudencia, en una lectura que aquí compartimos pero que claramente corrige el sentido del precepto legal.

Finalmente, la **revocación real** consiste en la destrucción intencionada del cuerpo del testamento; es una revocación que no se dice, sino que se hace. El artículo 742 del Código Civil afirma en tal sentido que «se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen». También la rotura voluntaria del testamento ológrafo por el testador supone un caso de revocación real.

Precisiones

La revocación es un acto voluntario por lo que la destrucción fortuita o por tercero del testamento si bien provocará la ineficacia del testamento, obviamente, no puede ser tenida como tal.

11.1.3. Efectos

En cuanto a los efectos, el alcance general de la revocación, cualquiera que sea su clase, puede desgranarse como sigue:

- En primer y principal lugar, convierte en ineficaz el testamento anterior, totalmente si la revocación es total o parcialmente si es parcial, debiendo entenderse, cuando el testador no distingue, que la revocación ha sido total, como ya se ha dicho. Y ello, a pesar de que el testamento posterior no tenga virtualidad por premoriencia, incapacidad o repudiación de los herederos o incumplimiento de la condición impuesta, remitiéndonos en este caso al orden de la sucesión intestada.
- Asimismo, la revocación produce efectos definitivos, a pesar de que posteriormente se revoque el testamento revocatorio, a no ser que el testador disponga expresamente que tenga eficacia aquel primer testamento en ser revocado. Así el párrafo 2.º del artículo 739 del Código Civil establece que, sin embargo, el testamento anterior recobrará «su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero».
- Sin embargo, subsiste la eficacia del testamento revocado en cuanto al reconocimiento de un hijo se trate. Así lo declara el artículo 741 del Código Civil: «el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o este no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuvieren» (art. 741).

11.2. NULIDAD

La nulidad implica un defecto o vicio concurrente en el otorgamiento del testamento, que determina su invalidez y, por ende, su carencia de efectos jurídicos siquiera en todos pretendidos, siendo, por tanto, la nulidad parcial una eventualidad promocionada especialmente en este ámbito dada la condición de declaración de última voluntad (véase, por ejemplo, el art. 851 del CC, en cuanto al mantenimiento de las disposiciones de orden particular –mandas, legados y hasta mejoras– para el caso de desheredación incausada o injusta). En todo caso, conviene recordar, en este punto, la máxima de que toda clase de invalidez acarrea ineficacia, aunque no toda ineficacia encuentra su base en una causa de nulidad o invalidez; esto último es justamente lo que ocurre con la revocación testamentaria.

El Código Civil establece, para que no haya dudas, que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o esta no comprenda todos los bienes (art. 764). Sí serían, por el contrario, causas de nulidad, siguiendo nuevamente a O'Callaghan Muñoz, las siguientes:

- **La falta de capacidad del otorgante.** Es nulo el testamento otorgado por un menor de catorce años (art. 663.1.º), por un menor de edad si se trata de testamento ológrafo (art. 688) o por el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663.2.º).
- **La inobservancia de cualquiera de las solemnidades establecidas por el Código.** Como expresión del carácter formal o solemne del testamento, será nulo, según el artículo 687, el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades legales, lo que reitera el artículo 715 respecto del testamento cerrado. Los artículos 705 y 715 prevén la responsabilidad del Notario autorizante si la nulidad por esta causa procede de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables.

  Con todo, un supuesto especial de conversión se da tratándose de testamento cerrado nulo por inobservancia de sus solemnidades, el cual será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si reúne los requisitos propios de este (art. 715).

Precisiones

En la conversión, el tipo de negocio convenido, dispuesto no valdrá de suyo aunque sí como otro de los admitidos en Derecho, ciertamente de contenido formal inferior. No se debe confundir, pues, la conversión con el supuesto que manifiesta la nulidad parcial, donde el tipo negocial elegido o dispuesto por el interesado seguirá desplegando sus naturales efectos pero no en todos los aspectos deseados o previstos.

- **El otorgamiento en forma no permitida por el Código Civil.** Se trata de una causa muy vinculada con la anterior, aunque no exactamente idéntica. En este sentido, las clases de testamentos permitidas en el Código Civil lo son con un criterio exhaustivo; es decir, no cabría un testamento que no encajara en una de las clases que prevé el Código. Este, expresamente

prohíbe el testamento mancomunado en el artículo 669 y el testamento por comisario o mandatario o dejada su formación al arbitrio de un tercero, en el artículo 670.

- **La concurrencia de vicios de la voluntad.** Según el artículo 673 del Código Civil, «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude», con remisión aquí al requisito del consentimiento en el seno de la teoría general del negocio jurídico.

La **acción de nulidad** corresponderá a los posibles herederos o legatarios del causante y en general a todos aquellos que puedan resultar afectados por las disposiciones del causante en el testamento impugnable, dirigiéndose contra quienes aparezcan designados en él como herederos o legatarios, y contra el albacea, si lo hay (art. 902, inciso 3.º).

La **declaración judicial de nulidad** supondrá que quede sin efecto, por invalidez, el testamento y se abra la sucesión intestada, debiendo restituirse los bienes por los beneficiados por el testamento cuestionado.

11.3. CADUCIDAD

Partiendo de un testamento válido puede producirse su ineficacia por un hecho posterior, que es el transcurso de un determinado plazo de tiempo unido a la inobservancia de una conducta positiva. En esto consiste la caducidad. El efecto es ipso iure, automático y radical: el testamento deviene totalmente ineficaz. El artículo 704 del Código Civil hace una referencia general a este supuesto al expresar que «los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil»; todos los casos de caducidad se refieren a testamentos en que no ha actuado Notario autorizante, y como consecuencia de ello, o tienen una eficacia efímera o requieren formalidades posteriores.

Se distinguen, así dos grupos:

- Caducan por el mero transcurso del tiempo, por haberse superado el presupuesto legitimador para testar de la manera puntual de que se trate:
  - El testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia, que caduca a los dos meses de que el testador ha salido del peligro de muerte o ha cesado la epidemia (art. 703 del CC).

- El testamento militar ordinario, el cual caduca a los cuatro meses de que el testador ha dejado de estar en campaña (art. 719 del CC), y el otorgado en peligro próximo de acción de guerra (extraordinario), que lo hace por su parte si el testador se salva del peligro (art. 720, párrafo 2.º).
- El testamento marítimo, que caduca a los cuatro meses siguientes al desembarco del testador en un puerto donde pueda testar en forma ordinaria (art. 730 del CC), y el otorgado en peligro de naufragio, el cual caduca si se salva del peligro (art. 731 del CC).

• Caducan cuando en un determinado plazo no se cumplen las formalidades posteriores a su otorgamiento:

- El testamento ológrafo, que caduca si no se presenta para su protocolización al Juez de Primera Instancia dentro de cinco años a contar desde el día del fallecimiento del testador (art. 689).
- El testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia, que caduca si muere el testador y transcurren tres meses sin que se presente al Juez para que se eleve a escritura pública (art. 703, párrafo 2.º).
- El testamento militar y el marítimo extraordinarios, que caducan si muere el testador en el peligro de acción de guerra o en el naufragio y no se formalizara debidamente (arts. 720 y 731).



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- El **fundamento de la sucesión testamentaria**, de la **sucesión testada**, no puede radicar en otro lugar que en la autonomía de la voluntad, cuyo vigor se reconoce a través del negocio jurídico testamentario con efectos mortis causa, aunque con las necesarias particularidades de tal finalidad.
- El **testamento** es, así, la declaración de última voluntad, en principio por escrito y con excepcional validez de palabra, de contenido paradigmáticamente patrimonial y acerca de otras posibles cuestiones: reconocimientos filiales, nombramiento de tutor, revelaciones o confesiones (singularmente de delitos) y normas funerarias, algunas de la trascendencia de la concerniente a la cremación del cadáver.
- De las clases de testamentos cabe indicar que se distingue, según las circunstancias normales o no, entre testamentos ordinarios y los extraordinarios o privilegiados, con simplificación de requisitos por lo excepcional de la situación. Dentro de los ordinarios, las tres formas permitidas en el Código Civil son el ológrafo, el abierto y el cerrado. Todas esas formas son por escrito, aunque el Código acepta el testamento verbal en caso extremo de peligro de muerte en acción de guerra o naufragio.
- La necesidad de escribir que el testamento impone, no significa que haya que saber o poder escribir; pues el analfabeto o el impedido pueden testar, en forma abierta y aun cerrada, siempre que manifiesten con claridad su voluntad o dónde está contenida, y firmen o sean suplidos incluso en esto.
- El **legado** constituye la manda que por excelencia se hace en testamento en favor de alguien –que perfectamente puede ser uno de los herederos– para que se le entregue o transmita un bien en particular luego de morir el causante. Se trata de una disposición a título gratuito, aun cuando admite cargas inferiores al beneficio patrimonial, que debe ser hecha a persona determinada o determinable.
- El legado –o cosa legada– debe ser entregado con todos sus accesorios y en el estado que tenía al morir el testador, pendiendo la obligación de su cumplimiento sobre todos los herederos, en proporción a sus cuotas, y ello salvo designación en otro sentido por el testador, pero siempre que no se atente contra la legítima del, entre ellos, eventualmente designado.

- Toda **sustitución** implica en Derecho de sucesiones una institución de heredero o legatario subordinada a otra. Las sustituciones pueden ser, así, de primer o segundo grado. En las primeras, o directas, el sustituto es llamado solamente para el caso de que el primer instituido no llegue a heredar. Es el caso de la sustitución vulgar o común. En las segundas, el sustituto es llamado a ocupar el lugar del instituido, a partir de determinado momento; o sea, para después que este lo sea y haya disfrutado ya de la herencia (por ejemplo, caso de muerte o que se cumpla determinada condición). Es la sustitución fideicomisaria, resultando el llamamiento sucesivo.
- La sustitución **simple**, **vulgar** o **común** consiste en el nombramiento de segundo o ulterior heredero para el caso de no querer o no poder entrar en la sucesión el instituido primeramente. Comprende tanto la herencia como el legado.

  La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los de premoriencia del sucesor instituida; renuncia del instituido, tras sobrevivir al testador y conocer su institución, o incapacidad.

  La sustitución permite, numéricamente, todas las combinaciones: pueden ser sustituidas dos o más personas por una sola; y el heredero único admite sustitutos múltiples.

  La sustitución vulgar se extingue si el primer heredero sobrevive al testador y acepta la herencia, en cuyo caso los bienes corresponden ya a sus sucesores; y de renunciar ellos, se procede según el orden intestado. Ahora bien, si sobrevive el instituido y muere sin aceptar ni repudiar la herencia, ese derecho pasa a sus herederos, no al sustituto.
- La **sustitución pupilar** consiste en el nombramiento de sucesor del descendiente para el caso de morir este antes de alcanzar la edad de testar. Se objeta que sea verdadera sustitución, por verse en ello más un testamento hecho por otro, con derogación del carácter personalísimo de ese acto mortis causa. Su fundamento se encuentra, en las fuentes clásicas, en el ardid tramado para evitarle al menor la indignidad, entonces, de morir intestado; en constituir medio para impedir que los bienes familiares vayan a parientes enemistados con el ascendiente y quizás enemigos del descendiente; en constituir modalidad de la patria potestad, con facultades en el ascendiente para disponer de los bienes del menor incluso por acto posterior a la muerte de ambos.
- A semejanza de la pupilar, la **ejemplar** o **cuasipupilar** se establece modernamente permitiendo al ascendiente nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental, quedando sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

- La **sustitución fideicomisoria** supone la designación testamentaria de uno o más herederos o legatarios, a los cuales se transmite la herencia o legado después de la adquisición por los antepuestos en el llamamiento. Admitida con amplitud en el pasado, se limita en la actualidad, para impedir la vinculación de bienes; que estos padezcan las restricciones y transmisiones que le haya podido imponer quien fue su dueño incluso centurias atrás. Tal es la razón por la que se limita la validez de las sustituciones fideicomisarias siempre que no pasen del segundo grado, o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Por tanto, puede ser llamado como sustituto fideicomisario cualquier persona que viva al momento de la apertura de la sucesión –aunque a su través se supere una doble transmisión–, mientras que solo serán admisibles dos llamamientos sucesivos en favor de personas que no vivan al abrirse la sucesión del causante, sin contar el llamamiento inicial al fiduciario que es un instituido, no un sustituto.
- El testamento puede perder su eficacia por tres motivos fundamentales: por revocación, por nulidad o por caducidad. La **nulidad** implica un defecto o vicio concurrente en el otorgamiento del testamento, que determina su invalidez; la **caducidad**, en los casos excepcionales en que puede tener lugar, tasados por la ley, opera por el mero transcurso del tiempo, sobre un testamento inicialmente válido; la **revocación** presupone también un testamento válido y se produce por la voluntad del propio testador, que ordena dejar sin efecto aquel.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Es cerrado el testamento:

a) Cuando el testador lo escribe por sí mismo con los requisitos y forma previstos en el artículo 688 del Código Civil.

b) Cuando el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

c) Cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en pliego que presenta a la persona que ha de autorizar el acto.

d) El testamento cuyo contenido debe ser leído por el Notario autorizante en el acto de otorgamiento.

Enunciado 2

Carecen de capacidad de testar:

a) Los menores de catorce años.

b) Los ciegos.

c) Los analfabetos.

d) Los incapacitados por sentencia judicial firme en todo caso.

Enunciado 3

Dejando a un lado, por su especificidad, los testamentos especiales, ¿cuál de estas clases de testamento abierto es válida sin intervención de Notario?

a) El testamento del enteramente sordo que no sabe o no puede leer.

b) El testamento de quien declara que no sabe o no puede firmar.

c) El testamento en inminente peligro de muerte.

d) El testamento del ciego.

Enunciado 4

Si el testamento no contiene institución de heredero:

a) Es nulo.
b) Es irrevocable.
c) Es inoficioso.
d) Es válido.

Enunciado 5

El derecho a los legados «puros y simples» se adquiere:

a) Desde la muerte del causante.
b) Desde que el legatario acepte el legado.
c) Desde que el objeto del legado le sea entregado al legatario por los herederos del causante.
d) Desde que los herederos acepten la herencia.

Enunciado 6

El testamento anterior:

a) Nunca puede recobrar su vigencia.
b) Recobrará su vigencia si el testador revoca después el posterior.
c) Recobrará su vigencia si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.
d) Ninguna de las otras tres respuestas aportadas aquí es correcta.

Solución 1

c) Cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en pliego que presenta a la persona que ha de autorizar el acto.

Solución 2

a) Los menores de catorce años.

Solución 3

c) El testamento en inminente peligro de muerte.

Solución 4

d) Es válido.

Solución 5

a) Desde la muerte del causante.

Solución 6

c) Recobrará su vigencia si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Madrid: Edisofer, 2008.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho de sucesiones*, I, Madrid: Reus, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil, IV-2.°*, Madrid: Tecnos, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*: *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid: Dykinson, 2009.

LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.): *Compendio de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid: Dykinson, 2008.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid: Dijusa, 2011.

OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil, V-2.°. Sucesiones*, Barcelona: Bosch, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.): *Curso de Derecho civil, IV. Derechos de familia y sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

SERRANO ALONSO, E.: *Manual de Derecho de sucesiones*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.

Avanzada

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Sustituciones hereditarias*, Oviedo: Gráficas Summa, 1958.

BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona: Bosch, 1960.

DÍAZ CRUZ, M.: *Los legados*, Madrid: Reus, 1951.

FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L.: *Autonomía privada y testamento en Derecho común: contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Granada: Comares, 1996.

JORDANO BAREA, J.B.: *La interpretación del testamento*, Barcelona: Bosch, 1958.

— *Teoría general del testamento*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1963.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones, 1. Sucesión mortis causa, herencia, testamento, sustituciones*, Barcelona: Bosch, 2002.

ROMERO COLOMA, A.M.: *La capacidad de testar*, Barcelona: Bosch, 2007.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil, VI. Derecho de sucesión*, vol. 3, Pamplona: Analecta, 2008 (edición facsímil de la edición de 1910).

TORRES GARCÍA, T.F.: *El testamento ológrafo*, Madrid: Montecorvo, 1977.

UNIDAD DIDÁCTICA

9

LA SUCESIÓN FORZOSA

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Introducción
2. La legítima
   - 2.1. Naturaleza
   - 2.2. Beneficiarios en general
   - 2.3. La legítima de los descendientes
   - 2.4. La legítima de los ascendientes
   - 2.5. La legítima del cónyuge viudo
3. La mejora
   - 3.1. Concepto
   - 3.2. Clases
   - 3.3. Sujetos: personas que pueden mejorar y ser mejoradas
4. Cálculo de la legítima. Imputación de donaciones y legados
5. Pago
6. Intangibilidad de la legítima
7. La desheredación
   - 7.1. Concepto y fundamento

7.2. Forma y requisitos de la desheredación
   7.2.1. Forma de efectuarla
   7.2.2. Requisitos para la efectividad de la desheredación ordenada
7.3. Causas en que ha de fundarse la desheredación
   7.3.1. Causas generales
   7.3.2. Causas especiales de desheredación de los descendientes
   7.3.3. Causas especiales de desheredación de los ascendientes
   7.3.4. Causas especiales de desheredación del cónyuge
7.4. Efectos de la desheredación
   7.4.1. Respecto del desheredado
   7.4.2. Respecto de los hijos y descendientes del hijo o descendiente desheredado
   7.4.3. Respecto al destino de la legítima del desheredado si no se trata de un descendiente a su vez con hijos o descendientes
7.5. La desheredación injusta
7.6. Revocación, reconciliación y perdón

8. La preterición
9. Epílogo: elenco de acciones específicas en defensa de la legítima

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En esta Unidad se detalla todo el sistema legitimario, esto es, el régimen de la llamada sucesión forzosa que es tal por determinarse por ley de manera imperativa, sin que pueda el testador modificarla «en la parte» y «con respecto» a las personas que favorece. Desde su mismo concepto, pues, surge el contexto puramente testamentario donde tiene lugar; sin un testamento del que se aplique en cuanto condicionante o correctivo de la voluntad expresada de tal modo por el causante, no cabe hablar de sucesión legitimaria, sino, y pese a la aparente –solo eso, aparente– identidad terminológica, de sucesión legítima en cuanto, en defecto de expresión testamentaria, sería la ley la que llamaría, siguiendo un orden excluyente similar, a los parientes que, en otro caso, en el de haber testamento, hubieran estado llamados a favorecerse precisamente a través de las legítimas.

El sistema legitimario nos propone, así, institutos esenciales para el efectivo conocimiento del grado de desenvolvimiento de nuestro ordenamiento jurídico, como la mejora, la desheredación o la preterición. Pero, además, el ejercicio práctico de hacer el cálculo de las legítimas en el supuesto concreto de que se trate, obliga a tener fijados los conceptos relativos a la partición, mostrándose de gran utilidad para comprender cómo funcionan las cosas finalmente. En todo caso, no se puede obviar que el altísimo, único fundamento familiar de las legítimas se explica en un marco de evolución tradicional que difícilmente se conjuga con la realidad socio-económica de nuestros días, por lo que es uno de los puntos donde la crítica es más incesante, anunciándose como uno de los puntos que más pronto se reformará de nuestro Derecho sucesorio.

1. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, reiterando la cita al artículo 658 del Código Civil, la delación de la herencia puede proceder o bien de la voluntad del causante manifestada en testamento (sucesión testamentaria), o bien de la voluntad de la ley (sucesión intestada). Pero la primera, aunque es expresión de la primacía que en el sistema sucesorio romano tenía el testador para disponer libremente de sus bienes por acto mortis causa, no implica una absoluta e ilimitada libertad de disposición, pues ya el Derecho romano fue poniendo límites a esa facultad dispositiva en beneficio de determinadas personas ligadas al testador por vínculos de estrecho parentesco; eran los *heredes sui*, sus herederos forzosos.

Aparece, por tanto, la **sucesión forzosa** como un límite a la sucesión testamentaria en provecho de las personas más unidas al testador. Es verdad que estas personas ya reciben una especial protección de la ley no habiendo testamento, siendo llamados a la herencia conforme a su proximidad en el parentesco con el causante, pero aun existiendo testamento, todavía no se les puede privar de un mínimo de la herencia, que se manifiesta como una limitación a la libertad testamentaria. Estamos ante una limitación que se concreta, en un primer estadio, como **condicionante** en cuanto llama a que se respete esa atribución legal mínima en el testamento al tiempo de su realización; para, luego, llegar a presentar, de ser el caso, una **función** claramente **correctiva** de la voluntad expresada por el causante, en cuanto el testamento terminará corrigiéndose para dar cabida, y en su medida, al derecho sobre la herencia de tales personas si es que no se cumplió en su redacción con las exigencias de la limitación legal descrita.

En cuanto a la terminología, se la denomina **sucesión forzosa**, **necesaria** o **legitimaria** (ya que la legítima es su institución nuclear), pero nunca sucesión legítima, sin más, pues así es como, confundiendo –es cierto– el Código se refiere a la sucesión intestada, a la sucesión abintestato. Tampoco conviene que utilicemos el más amplio término de sucesión legal, aunque no tengamos dudas de que los beneficiarios por el régimen de la legítima están llamados a la herencia «por disposición de la ley» (véase, a mayor abundancia, el art. 806), ya que el artículo 658 del Código Civil vendría a circunscribir –en la referida contraposición que presenta entre sucesión testamentaria y sucesión legítima– la sucesión (por disposición) legal a la sucesión abintestato.

Conforme con lo expuesto, la sucesión forzosa está constituida por aquella parte de la herencia –no siempre igual como veremos, según a quienes corresponda llamar por tal

motivo–, denominada legítima, de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a las personas más allegadas al causante; así, anticipándonos en lo mínimo, a sus descendientes, a sus ascendientes si no dejó descendientes, y en todo caso –de estar casado, obviamente– a la persona de su cónyuge. Por el orden establecido, la variabilidad de la legítima se concreta del modo que cifra el Código e iremos viendo en esta Unidad.

Presentado el sistema legitimario de nuestro Derecho como antecede, en la materia se pueden concebir dos sistemas opuestos con innumerables sistemas intermedios:

- **Sistema de libertad absoluta de testar.** En este sistema no aparece ninguna limitación a la libertad dispositiva del testador. Fue el propio del Derecho romano primitivo, en el que el testador era libre para disponer de sus bienes como quisiera. Pero pronto sufre esta libertad una limitación de carácter puramente formal, ya que el testador no podía dejar de referirse a los *sui heredes* –sus hijos básicamente–, ya para instituirlos herederos, ya para desheredarlos; en caso contrario, el testamento estaba viciado de preterición (legítima formal).

  Posteriormente se reconoció a los parientes más próximos la llamada legítima material; el testador estaba obligado a dejar algo, la porción legítima, que se fijó en una cuarta parte, y, caso de no recibirla, el heredero forzoso podía ejercitar la acción llamada *querela inofficiosi testamenti*, para impugnar, por injusto, el testamento, bajo la ficción de que no había sido otorgado en su cabal juicio por el testador.

  Justiniano aumentó la cuantía de la legítima y concedió la *actio ab supplendam legitimam*, si el legitimario no había recibido su porción en cuantía suficiente, previendo también el elenco de causas de desheredación.

- **Sistema de sucesión forzosa absoluta.** Regía en el Derecho germánico antiguo, en el que el Derecho hereditario era un ordenamiento más profundamente, si cabía, familiar, donde los herederos parientes del causante eran natos, no elegidos. No podía haber otro heredero distinto al designado por la ley por virtud de su más próximo parentesco. Por tanto, el causante carecía de libertad de testar, ya que el destino de sus bienes estaba fijado por la ley.

  La recepción del Derecho romano produjo la entrada de la libertad de testar, pero no del todo. Se pasará así de un sistema en el que no había libertad alguna a una modulación del mismo, permitiendo al causante la facultad de disponer de una parte de sus bienes, quedando los demás bienes reservados por la ley a los parientes más próximos.

En la actualidad, al final, serían tres los sistemas básicos, consecuencia de la evolución destacada: en primer lugar, el sistema de libertad absoluta, natural de los países anglosajones, en cuanto en él no existe sucesión forzosa; el sistema germánico de reserva con parcial libertad de testar, propio del Código Civil de Alemania (BGB), y nuestro sistema, el romano, el de libertad de testar pero con legítima, seguido en la mayoría de los países de tradición latina, donde la principal de las diferencias legislativas deriva de la cuota, mayor o menor, exactamente preservada a los parientes más próximos y/o al cónyuge en el ordenamiento de turno.

2. LA LEGÍTIMA

2.1. NATURALEZA

El artículo 806 del Código Civil define la legítima como «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».

Es correcta la definición en su vertiente objetiva, en cuanto la legítima constituye una limitación de Derecho sucesorio a la facultad de disponer del causante, pero en su dimensión subjetiva no se corresponde con la exacta condición jurídica de legitimario. En efecto, del precepto surge que el legitimario es heredero, siendo que el Código Civil con reiteración denomina al legitimario, heredero forzoso o simplemente heredero (arts. 763, 807, 813, 814, 816, 817, etc.).

Sin embargo, la opinión mayoritaria es que el legitimario no es, por su condición de tal, heredero. Así, frente al argumento literal de la propia calificación dada por el legislador, se ponen de relieve las dificultades que resultarían del propio Código, para poder aceptar ese carácter: en primer lugar, porque el testador no está obligado a instituir heredero al legitimario, sino a dejarle por cualquier título lo que por legítima le corresponda (art. 815); por tanto, pudiendo hacerlo como legatario y aun por medio de donación ínter vivos, no se comprende cómo en estos casos el legitimario, que reciba su legítima como legatario o donatario, pueda llamarse heredero.

Y, en segundo lugar, porque el legitimario tiene derecho a una cuota de la herencia fijada después de deducir el pasivo (deudas y cargas no testamentarias), es decir, a una parte del activo (art. 818), no de toda la herencia, que está integrada por activo y pasi-

vo (arts. 659 y 661). Luego, si no responde de las deudas no es heredero (art. 1.003), pues incluso el heredero que acepta con beneficio de inventario, sucede en las deudas, aunque limitadamente, hasta donde alcancen los bienes de la herencia (art. 1.023.1.º).

2.2. BENEFICIARIOS EN GENERAL

Aportada la visión más apropiada sobre su condición no necesariamente de herederos, el artículo 807 dispone que:

> «Son herederos forzosos:
>
> 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
>
> 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
>
> 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código».

La cuota, y a partir de ella la cuantía exacta, que haya de corresponder a cada legitimario, siempre en función de las reglas para el cálculo de la porción legitimaria respecto del total de la herencia que veremos en epígrafe aparte, dependerá de quiénes sean legitimarios en el caso en concreto (si hijos o descendientes; si, en su defecto, ascendientes, y en uno u otro caso, si el viudo o la viuda) y con qué otros legitimarios concurran.

2.3. LA LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

Es la primera y fundamental como expresa el artículo 807.1.º transcrito, ya sean los hijos o descendientes matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

El artículo 808 dispone que:

> «Constituyen la legítima de los hijos o descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición».

El precepto vendría a establecer la medida en que el causante (ascendiente) podría disponer en su testamento, así:

- Solo a favor de los hijos o descendientes por partes iguales sin perjuicio de la representación del hijo premuerto por sus descendientes; es el tercio de legítima estricta o corta.
- Igual o desigualmente a favor de todos o de cualquiera de sus descendientes de cualquier grado; es el tercio de mejora que junto con la anterior forma la legítima larga. Pero, si no se hace ejercicio de la facultad de mejorar, esta parte de la herencia habrá de repartirse entre las mismas personas a las que se refiere el punto anterior y de la misma manera, por partes iguales.
- Libremente a favor de aquel o aquellos parientes o extraños a quienes quiera favorecer; es el tercio de libre disposición.

Se estiman aplicables para integrar el artículo 807 las normas de la sucesión intestada, por lo que en la línea descendente será de aplicación la preferencia por proximidad de grado, el reparto igualitario dentro del mismo grado y la aplicabilidad del derecho de representación. En este sentido, y al lado del caso ordinario de la premoriencia del hijo al que represente en su derecho legitimario su propia descendencia, deben tenerse muy especialmente en cuenta los artículos 761 y 857 del Código Civil que habilitan expresamente el derecho de representación en caso de indignidad o desheredación del hijo o descendiente legitimario. En cambio, los descendientes del repudiante no se subrogan en la condición de legitimarios. Esto presupone, en aplicación del artículo 985, párrafo 2.º, que el estatus del legitimario del repudiante se extingue no solo para él sino también para su estirpe, puesto que por derecho propio es absorbido por sus colegitimarios.

Por tanto, se han de aplicar las normas de la sucesión intestada, artículos 931 a 934 del Código, integrativos del 807, debiendo entenderse aplicable el criterio de distribución por partes iguales, per cápita, entre los hijos y la aplicación del derecho de representación entre los descendientes legitimarios de ulterior grado, que lo recibirán entonces por estirpes, repartiéndose entre ellos la legítima que le corresponda a su padre, hijo del causante.

Finalmente, hace a la legítima de los descendientes, pues solo ellos pueden ser mejorados, el régimen de la **mejora**, cuya importancia merece que lo tratemos más adelante, en epígrafe separado.

2.4. LA LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES

La **legítima de los padres y ascendientes** (art. 807.2.º) tiene un carácter subsidiario respecto de la de los hijos y descendientes, ya que depende de que al fallecimiento el

causante no tenga descendientes. Más exactamente, los ascendientes serán legitimarios en caso de inexistencia o premoriencia de descendientes, pero no en los casos de repudiación, indignidad o desheredación de estos, distinción de gran importancia práctica, haya dejado o no el repudiante, indigno o desheredado hijos o descendientes que ocupen su lugar (arts. 761 y 857 del CC).

Precisiones

Debe tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 111 del Código, según el cual carece de legítima aquel de los padres condenado a causa de las relaciones que han dado lugar a la filiación, por sentencia penal firme, y también en los supuestos en que la filiación haya sido judicialmente declarada con su oposición, dejará de producir efectos tal privación de legítima por determinación del representante legal del menor aprobada judicialmente o por voluntad del hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

En cuanto a su **medida**, el artículo 809 del Código Civil establece que:

> «Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo en el caso de que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia».

La **distribución** de la misma viene especificada en el artículo 810 del Código Civil según el cual:

> «La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiera muerto, recaerá toda en el sobreviviente. Cuando el testador no deje padre ni madre pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea».

Por último, independientemente de que en la sucesión particular de que se trate ostenten la condición de legitimarios, y de lo que por tal concepto hayan de recibir con-

forme a las reglas precedentes, tendrán los ascendientes, en todo caso, el **derecho de reversión** que les reconoce el artículo 812 del Código, según el cual:

> «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posterioridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió».

Se trata de un título de sucesión especial en esos bienes, si tal es el caso, del que trataremos para su mejor comprensión en la Unidad siguiente.

2.5. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO

En el Código Civil español se considera legitimario al **cónyuge supérstite** en todo caso y con tal que lo sea, esto es, que el matrimonio se encuentre «vigente» al tiempo de fallecer el causante. El artículo 807 lo declara así, como ya hemos visto en el número 3.º, cuyo enunciado denota la especialidad de tal legítima, y que se traduce en los siguientes cuatro caracteres:

- Es en usufructo, no en propiedad.
- De extensión variable según los legitimarios con quienes concurra y aun cuando con ninguno de ellos concurra porque ningún ascendiente o descendiente exista o corresponda ser llamado en calidad de legitimario, siendo entonces el cónyuge supérstite el único legitimario en la sucesión testada de que se trate.
- Precisamente por ello, es que resulta compatible y simultánea con la legítima de descendientes o ascendientes, ya que la existencia de legitimarios de una u otra clase no excluye en sus derechos legales al cónyuge supérstite, simplemente variará su medida.
- Pero a la vez, aunque justamente, de haber concurrencia, la legítima del cónyuge viudo tendrá un efecto perjudicial respecto de los demás legitimarios, ya que si la concurrencia es con descendientes, estos verán gravado el tercio de mejora en favor del cónyuge, pues por ley será la mejora la parte objeto del tercio usufructuario concedido como legítima al consorte, y si

es con ascendientes, la legítima de estos se reducirá pasando de la mitad de los bienes a solo un tercio.

Así las cosas, la comentada variabilidad de la legítima viudal obliga a concretar hasta tres supuestos, detallando cuanto acabamos de señalar, a saber:

- Primero. Si concurre con hijos o descendientes del causante, la legítima del cónyuge supérstite consistirá en el usufructo de un tercio de la herencia, exactamente del tercio destinado a mejora, tal como dispone al artículo 834 del Código Civil, con lo que solo los sujetos mejorados quedarán en su virtud «gravados».
- Segundo. Si concurre con ascendientes del causante, su cónyuge tendrá derecho al usufructo sobre la mitad de la herencia (art. 837, párrafo 1.º).
- Tercero. Si no concurre con ningún otro legitimario, el cónyuge supérstite será el único a la postre, alcanzando su cuota legal el usufructo de dos tercios de la herencia (art. 838) lo que bien mirado constituye el caso, sin duda, más criticable pues lo suyo hubiera sido convocarlo en tal o incluso inferior parte, pero «en propiedad».

Por supuesto, presupuesto elemental de la legítima del cónyuge supérstite lo constituye la existencia de «matrimonio vigente» (art. 834 del CC), no habiéndolo, en caso de nulidad, divorcio o separación, aun de hecho al tiempo de morir el causante y consorte. Y por falta de vínculo matrimonial, tampoco sería legitimario el conviviente de hecho.

Precisiones

En caso de nulidad, no hay matrimonio pues nunca lo hubo.

En caso de divorcio, ningún derecho, ni el de la legítima, tiene una persona que no es cónyuge, sino excónyuge; lo habría sido, pero ya no lo es al tiempo de la muerte de su respectivo excónyuge.

En caso de separación judicial o de hecho, el cónyuge viudo, separado no tiene derecho a la legítima. Ahora bien, como establece el artículo 835 del Código Civil:

> «Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 del Código Civil, el sobreviviente conservará sus derechos».

.../...

.../...

Finalmente, es en el ámbito hereditario, donde se da en la práctica una mayor distancia de las parejas estables no casadas frente al tratamiento de las uniones matrimoniales, destaca Cuenca Alaine que:

> «Salvo ciertas previsiones mínimas (frecuentemente relativas a la atribución al conviviente supérstite del ajuar común, a la vivienda común o a la posibilidad de aquel de subrogarse en un eventual contrato de alquiler sobre la misma en el que figurara como arrendataria su pareja) los derechos del conviviente supérstite dependerán directamente de su nombramiento como heredero o legatario por parte del conviviente fallecido».

En caso de sucesión abintestato, habría que acudir a las normas generales fijadas por la normativa civil de aplicación en cada territorio, quedando fuera del Derecho común sobre la sucesión intestada ese conviviente supérstite (a salvo de las ya mencionadas previsiones menores).

Al ser en usufructo y complicar la particular atribución de los bienes hereditarios, es por ello que el Código permite a los herederos la **conmutación del usufructo viudal**. Dispone, así, el artículo 839 que:

> «Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

Precisiones

Como destaca Fernández Campos:

> «La finalidad de la conmutación del usufructuario no es otra que evitar los inconvenientes jurídicos y económicos de esta forma de satisfacer la legítima del cónyuge viudo, ya que la atribución a distintos sujetos de la propiedad, por una parte, y del usufructo, por otra, obstaculiza la circulación de los bienes, al tiempo que puede constituir ocasión de

.../...

.../...

> un inadecuado aprovechamiento de los mismos, y puede generar dificultades e incompatibilidades en la gestión de los bienes entre usufructuario y nudo propietario».

De modo que para salvar los inconvenientes reseñados en relación con el usufructo, medio primario de satisfacer la cuota viudal, la ley «habilita a los herederos para que puedan sustituir el usufructo por otros medios, incluso en contra de la voluntad del propio cónyuge».

Es claro que si son varios los herederos deberán obrar por unanimidad, con la aceptación del cónyuge, que solo es necesaria en cuanto a la justa correspondencia entre el importe o valor del medio elegido por los herederos con el usufructo legitimario a conmutar, como establece el precepto, aunque el Juez puede encontrar ajustado, en defecto de consentimiento por parte del viudo o viuda, el ofrecimiento de los herederos. Pero no parece que pueda imponerse al cónyuge ningún otro medio de conmutación distinto a los reseñados, con especial atención a la asignación en pago de su legítima del medio del que sí habla el artículo siguiente: la entrega de una parte de los bienes hereditarios, obviamente, en propiedad. Por tanto, y como sostuviera el Supremo en una clásica sentencia de 1962, se exigiría acuerdo entre los herederos y el cónyuge supérstite al efecto.

En cambio, la iniciativa de la conmutación se concede al cónyuge viudo cuando concurra con hijos solo del causante, pudiendo exigir «que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios» en propiedad (art. 840 del CC).

Precisiones

Frente al supuesto común del artículo 839 del Código Civil, la razón de ser de la conmutación del artículo 840 del Código Civil es no obligar al viudo a mantener relaciones jurídicas duraderas como son las que deben mantener el usufructuario con el nudo propietario pero también las que debería mantener el cónyuge viudo por virtud de alguno de los medios de conmutación contemplados en el artículo 839 del Código Civil, con hijos solo de su consorte.

.../...

.../...

«Se trata, por tanto, de responder al fundamento objetivo de la conmutación (evitar la desmembración del dominio) y al tiempo introducir un componente subjetivo: evitar estas relaciones jurídicas que se consideran por el legislador como problemáticas; por eso, la iniciativa de la conmutación del artículo 840 corresponde, excepcionalmente, al cónyuge viudo. Los hijos, por su parte, no podrán impedir la conmutación, pero les corresponde a ellos elegir el medio que sustituirá al usufructo, que será alguno de los contemplados expresamente en el propio precepto» (Fernández Campos).

Por último, distinto del fenómeno de la conmutación, y en un estadio previo a la partición o liquidación sucesoria, no está de más recordar el **derecho del cónyuge supérstite a seguir residiendo en la vivienda habitual** en la que hubiera convivido con el causante, derecho de preferencia reconocido en los artículos 1.406, inciso 4.º, y 1.407 del Código Civil, al punto de que, si el valor de la vivienda superara al del haber que le correspondiera al cónyuge sobreviviente según las reglas de la liquidación de la sociedad de gananciales, podría alegarlo igualmente abonando la diferencia en dinero.

3. LA MEJORA

3.1. CONCEPTO

El Código señala como legítima de los descendientes los dos tercios de la herencia, pero si dicha parte de la herencia constituye la legítima de los descendientes globalmente considerados, no quiere decir que su reparto entre ellos haya de ser igualitario; por el contrario, el Código Civil permite al padre o ascendiente distribuir desigualmente uno de los dos tercios integrantes de la legítima, llamada **mejora**, entre los descendientes, incluso puede dejarlo a uno solo de ellos. De aquí la distinción dentro de los dos tercios que componen la legítima de los descendientes, entre legítima larga y legítima corta. Solo esta es la parte que por ministerio de la ley ha de ser distribuida por igual entre todos los descendientes de igual grado (o sus representantes por estirpes). El otro tercio puede ser distribuido desigualmente entre algunos o uno solo de los descendientes. La mejora, es, pues, un poder del testador, poder de disposición limitado o restringido, en tanto que los

mejorados han de ser los hijos o descendientes y sobre la mejora no puede imponer el testador gravámenes sino en favor de ellos (art. 824 del CC).

El artículo 823 del Código, con pretensión definitoria, dice que:

> «El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes ya lo sean por naturaleza o por adopción de una de las dos terceras partes destinadas a legítima».

Por tanto, la naturaleza jurídica de la mejora es de legítima; es una parte de la legítima larga, por lo que participa de su naturaleza, con la única e importante especialidad de que puede atribuirse por el testador a uno, a varios o a todos los legitimarios hijos o descendientes y a título de herencia, legado o por disposición gratuita ínter vivos. Le es aplicable, por tanto, el principio de intangibilidad de la legítima, por lo que no puede imponérsele gravamen, condición o sustitución (art. 813 del CC), pero sí pueden imponerse cargas o gravámenes en favor de otros posibles beneficiarios de la mejora, tal y como establece el artículo 824 del Código Civil en cuanto «no podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes, que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes».

En los hechos, pues, lo que surge de todo lo dicho, necesaria es la existencia de una pluralidad de descendientes para que la mejora tenga sentido, no es preciso que lo sean de igual grado, ya que puede mejorarse a un nieto cuando la legítima (corta o estricta, claro está) pertenece a los hijos del testador.

3.2. CLASES

Se pueden distinguir diversas clases de mejora, en función de variados criterios, aunque aquí nos centraremos en los dos más básicos, a saber:

A) Por la forma de disponerse

Se habla de **mejora expresa**, cuando se dispone explícita, manifiestamente que tal es la voluntad al respecto –en testamento o donación en vida a favor de quien haya de considerarse a su tiempo legitimario, que son las formas más típicas de establecer la mejora–, y de **mejora tácita** cuando se ordena un legado en testamento a favor de un legitimario que no quepa en el tercio de libre disposición o cuando el testador atribuya expresamente la legítima estricta a los hijos y el resto de la herencia a uno solo.

Dicho ello, la doctrina estima que el Código exige que la mejora sea expresa, y así en relación con la donación ínter vivos sanciona que «ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar» (art. 825 del CC).

El mismo criterio contra la mejora tácita se encuentra proclamado con referencia a las mandas o legados, aunque se introduce una excepción en este punto, al ordenar que «la manda o legado hecha por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad o cuando no quepa en la parte libre» (art. 828 del CC).

Por tanto, cabe concluir que el principio legal que rige es el de la voluntad expresa de mejorar, salvo las excepciones indicadas.

B) Por su objeto

La mejora puede cifrarse en una cuota de la herencia o parte alícuota de la misma, en cosa determinada, o en cosa genérica, sobre todo en una cantidad de dinero. La regulación al respecto se sintetiza por el Código en dos clases fundamentales de mejora:

- De cosa cierta y determinada (art. 829): cuando la mejora se señala en una cosa determinada, si el valor de esta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima perteneciente al mejorado, deberá este abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.
- De cuota o también de cantidad (art. 832): cuando la mejora no hubiese sido señalada en cosa determinada será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto pueda tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062, para procurar la igualdad de los herederos en la partición de los bienes.

Precisiones

La cuestión se vincula, y ha de completarse, con lo que se verá en el epígrafe 5 de esta Unidad acerca de los medios materiales de pago.

3.3. SUJETOS: PERSONAS QUE PUEDEN MEJORAR Y SER MEJORADAS

De acuerdo con el artículo 823 del Código, pueden mejorar el padre o la madre causantes de la sucesión en que exista legítima de hijos o descendientes, y pueden ser mejorados los legitimarios hijos o descendientes, sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

No obstante lo expuesto, pese a su sencillez, se han planteado dos problemas: de un lado, si se puede mejorar a los nietos viviendo los padres; de otro, si se puede delegar la facultad de mejorar.

En relación con la primera cuestión, su respuesta es clara en función de todo lo hasta aquí dicho, entendiendo doctrina y jurisprudencia que el causante puede mejorar al nieto aunque viva el padre de este. En el caso, por tanto, existiendo un legitimario llamado a la legítima estricta, un nieto que no sea legitimario, por vivir el padre, podrá recibir la mejora.

Precisiones

Como argumentos en favor de esta posibilidad, la doctrina cita especialmente los artículos 782 y 824 que admiten indirectamente la mejora a favor de nietos, al permitir gravarlas con sustitución fideicomisaria o imponer sobre ella gravámenes en su favor, así como el artículo 823, tanto más si se relaciona con el artículo 972, en cuanto reitera la posibilidad de mejorar a los descendientes.

Acerca de la delegación de la facultad de mejorar, por su parte, el Código Civil declara en su artículo 830 que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro, expresión del carácter personalísimo del testamento (art. 670). No cabe, pues, delegar la facultad de mejorar, ni en testamento, ni en contrato, ni en las promesas de mejorar o no mejorar.

Sin embargo, como excepción al principio general, el artículo 831, redactado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, con el objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, concede al causante amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite facultades para mejorar y distribuir la herencia entre los hijos y descendientes comunes, lo

que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Lo curioso es que siendo tal el propósito de la nueva –y farragosa– redacción dada al precepto se haya terminado obviando referencia alguna a la existencia de una persona con discapacidad para que pueda operar la excepción, con lo que, pese a ser tal su objetivo, no hace falta como presupuesto para admitir la delegación no solo de la facultad de mejorar a favor del cónyuge sino de la mucho más amplia relativa a la distribución entre los hijos y descendientes comunes –con los límites que en el artículo se contienen– de los bienes no atribuidos expresamente por el testador.

4. CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA. IMPUTACIÓN DE DONACIONES Y LEGADOS

El cálculo de la legítima supone la realización de una serie de operaciones destinadas a fijarla cuantitativamente, la cual no es igual para todos los legitimarios, y que respecto de padres y ascendientes y del cónyuge varía según con quien concurra, y ha de recordarse una vez más.

En tal sentido, el artículo 818 establece que:

> «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables».

Del precepto, por tanto, se desprende que en primer lugar se atenderá al **valor de los bienes** que quedaren a la muerte del testador, valor que será el referido al momento de fallecer el causante.

Del valor fijado deben deducirse las **deudas y cargas**, quedando del tal modo establecido el activo del caudal hereditario. Por tanto, ha de tratarse de deudas del causante, no deudas generadas por la propia sucesión.

Calculado y valorado el *relictum*, que es el resultado de las dos operaciones anteriores, se ha de sumar el valor de las donaciones para poder fijar definitivamente la legítima; así lo establece el párrafo segundo del propio artículo 818, al decir que «al valor

líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables». Pero aunque la norma se refiere a las donaciones susceptibles de colación, se habrán de traer las que se hayan realizado en favor incluso de terceros siempre que no sean de las excluidas u ordinarias no colacionables ex artículos 1.041 y 1.042 del Código Civil; en otras palabras, se habrá de agregar el valor de lo donado en vida, sea a un legitimario o a un tercero. Por eso no se puede hablar de colación en el sentido explicado en su lugar, la colación en sentido estricto a la que se refiere el artículo 1.035 del Código Civil. Se trata de una operación distinta, de variado alcance, a la que, por ello, se conviene mejor en llamarla **reunión ficticia**.

Precisiones

Tiene dicho así el Supremo que «para determinar el importe de las legítimas, y saber lo que se puede o no recibir por testamento (arts. 636 y 654 del CC) ha de tenerse en cuenta, no solo el valor neto de los bienes que quedaron a la muerte del testador, sino también las transmisiones gratuitas realizadas ínter vivos (reunión ficticia del *donatum* y el *relictum*), cuyo valor contable representará el activo de la herencia y del que no pueden excluirse ninguna de las donaciones efectuadas, ya lo hayan sido a legitimarios, no legitimarios o extraños (según determina el párrafo 2.º del art. 818 del CC) pero con la salvedad de que la palabra «colacionables» referida a las donaciones, tiene aquí un sentido impropio, que no se corresponde con el puramente técnico del art. 1.035, y que más bien significa «computables». Computabilidad que viene referida exclusivamente a la operación contable para la determinación de si ha existido inoficiosidad, habida cuenta del importe que corresponde a cada uno de los tres tercios de la herencia, pero que en nada afecta a la obligación de colacionar que solo puede corresponder «al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean», pero en ningún caso a los donatarios extraños» (Sentencia de 17 de marzo de 1989).

Sumado al *relictum* el *donatum*, tenemos la base para fijar las legítimas correspondientes, siendo este el momento para **imputar** –individualizar desde la masa común resultante– **donaciones y legados**. Se trata «de una operación que consiste en determinar la parte de la herencia (legítima, en su caso mejora, y parte de libre disposición) a la que se han de reconducir las diferentes donaciones efectuadas en vida por el causante, así como los legados ordenados en testamento, atendiendo principalmente a la voluntad de este y a la condición de legitimario o no de la persona favorecida en cada caso. A través de la imputación se podrán conocer las liberalidades testamentarias y las donaciones que

son inoficiosas por perjudicar los derechos de algún legitimario, procediéndose, respecto de los que lo sean, a su reducción en la forma y por el orden que el Código Civil establece» (Ruiz-Rico).

Tales reglas básicas serían las siguientes:

- Lo recibido por el legitimario como **herencia o legado**, por tanto, se imputará a su legítima; tratándose, en cambio, de extraños, lo recibido se imputará a la parte de libre disposición. El exceso, en el primer supuesto, hace que se incluya en la parte libre, aplicándose en su caso el artículo 828 del Código Civil, por el cual solo se tendrá, se imputará al tercio de mejora, si tal hubiese voluntad expresa del causante.
- En cuanto a las **donaciones**, las hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras se imputarán a su legítima, mientras que las realizadas en favor de extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad». Siendo que «en cuanto fueren inoficiosas o excediesen de la cuota disponible se reducirán conforme los artículos siguientes (art. 819).
- Siendo así, en el caso de que el testador hubiera dispuesto más de lo que contenía la parte de libre disposición, y no habiendo bienes suficientes para pagar las legítimas, se procederá a la **reducción de donaciones y legados** a petición de los legitimarios, algo que reitera el artículo 817 cuando señala que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de estos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas (véase también el artículo 655). Puntualmente:
  - Se procederá, primero, a la reducción de los legados y después a la de las donaciones, así lo dispone el artículo 820.1.º por el cual «se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si fuere necesario, las mandas hechas en testamento».
  - Continúa diciendo el artículo 820.2.º que la reducción de las mandas o legados se hará a prorrata sin distinción alguna. Se hace la salvedad de que si el testador hubiese dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquel reducción, sino después de haber aplicado estos por entero al pago de la legítima.
  - No obstante, el Código en el artículo 821 sienta una regla especial respecto a la reducción de los legados diciendo que:

«Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará esta para el legatario si la reducción no absorbe más de la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima. Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados».

– Con carácter subsidiario a la acción de reducción de legados, por tanto, las donaciones habrán de reducirse o rescindirse, pero por orden inverso de antigüedad (art. 656 del CC). Legitimados lo estarán los legitimarios, legatarios de parte alícuota y sus herederos o causahabientes (art. 655). Únicamente los legitimarios y sus herederos o causahabientes son, por tanto, los titulares de la acción para pedir la reducción, acción cuyo sentido justifica su carácter de irrenunciable en vida del donante.

Para una mejor comprensión de todo lo visto en este epígrafe, se expone el desarrollado ejemplo que nos propone Sanjuán García.

EJEMPLO 1

El 20 de mayo de 1998, para celebrar un hecho extraordinario que le colma de alegría, don Lorenzo Mendoza hace un costoso regalo a cada uno de sus tres hijos: a don Alfredo le regala un apartamento en Colindres (Cantabria); a don Fernando, un BMW 520D y a don Santiago, 30.050, 61 euros (5.000.000 de pesetas en aquel momento) para «igualarle» ya que este es el valor de cada uno de los dos regalos. La noche del 23 de diciembre de 2007 don Lorenzo fallece, instituyendo herederos de todos sus bienes –una vivienda en propiedad libre de cargas y una cuenta bancaria con 15.000– a sus tres hijos y a su socio, don Ramón Sanz, por partes iguales.

¿Cuánto le corresponde a cada heredero?

Don Lorenzo no deja ni cónyuge ni deuda alguna, dado que todos los instituidos herederos disponen de vivienda propia, deciden vender la dejada por el causante, obteniendo, el 2 de enero de 2008, 290.500 euros.

.../...

.../...

Cálculo del caudal relicto		
Valor de la vivienda	290.500	305.500
Saldo de la cuenta bancaria	15.000	
A este valor se le minoran los gastos e impuestos satisfechos[1]		
Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos	2.200	5.500
Gastos necesarios para la venta	3.300	
Valor líquido de los bienes hereditarios		**300.000**

[1] Al estar de acuerdo todos los herederos en vender la casa para facilitar el reparto equitativo, consideramos aplicable el artículo 1.064 del Código Civil, según el cual «los gastos de participación hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia».

A este importe es al que el artículo 818 del Código Civil agrega el de las «donaciones colacionables» para determinar la legítima, señalando el artículo 1.035 que «el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de participación».

Cálculo de la cuota del heredero no forzoso

Antes de efectuar la colación, al ser esta una institución referida a los herederos forzosos, la cuota correspondiente al socio –que no tiene tal carácter– debe calcularse ya sobre ese valor líquido.

Valor líquido de los bienes hereditarios	300.000
Cuota correspondiente al heredero voluntario (1/4) (300.000/4)	75.000
Remanente del caudal relicto (sobre el que colacionar)	225.000

Hay que señalar que los donatarios no deben incluir en la herencia los mismos bienes que en su día les regaló el causante, sino que deben traer a colación –art. 1.045– «su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios». Estos tres regalos valorados en 30.050,61 euros en 1998 pueden tener muy distinto valor en el momento de la valoración de la he-

.../...

.../...

rencia. En relación con ese posible cambio de valor el mismo artículo 1.045 añade que «el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

Valor en enero de 2008 de lo donado a los herederos forzosos		
Bienes donados	**Métodos de actualización**	**Valores enero 2008**
Apartamento	Tasación del inmueble por una empresa de peritaciones a 2 de enero de 2008[1]	58.864,68 €
Coche	**Valor de vehículos usados** (Fuente portal de la Junta de Castilla y León, www.jcyl.es) INFORME DE VALOR DE VEHÍCULOS USADOS POR PRECIOS MEDIOS[2] DATOS GENERALES **Tipo de bien**: Automóvil; **Fecha referencia de valor**: 02-01-2008; **Fecha 1.ª matriculación**: 22-05-1998 CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS **Marca**: BMW; **Modelo**: 520 D Touring; **Cilindrada**: 1.951 cc; **Potencia fiscal**: 13,12 INFORMACIÓN DEL VALOR **Precio medio de venta del primer año**: 29.300 euros; **Porcentaje aplicable**: 19%; **Precio medio a la fecha de referencia**: 5.567,00 €	5.567 €
Suma en metálico	**Variación de precios según sistema IPC base 2006, desde mayo de 1998 hasta enero de 2008** (Fuente INE, www.ine.es) **Índice**: General; **Variación (%)**: 35,5; **Variación**: 30.050,61 × 35,5% = 10.568,32 €	40.568,32 €
Valor total de las donaciones «al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios»		105.000 €

1 Acordada y sufragada por los tres herederos forzosos para determinar un valor de mercado ajustado a la realidad.

2 En aplicación de la Orden EHA/3745/2007, de 14 de diciembre, por la que se aprueban los precios medios de venta aplicables en la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

.../...

.../...

Caudal relicto una vez satisfecha la cuota al heredero no legitimario	225.000
Valor de las donaciones colacionables	105.000
Valor «teórico» a repartir entre los herederos forzosos.......	330.000
Cuota «teórica» correspondiente a cada uno de los herederos forzosos (330.000/3)	110.000

Cálculo de la cuota «efectiva» de cada heredero forzoso

Para fijar cuánto corresponde efectivamente a cada uno de los herederos forzosos, el artículo 1.047 del Código Civil señala que «el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido».

Heredero	Cuota «teórica»	–	Valor de lo recibido	=	Cuota efectiva a percibir
Don Alfredo	110.000	–	58.864,68	=	51.135,32
Don Fernando	110.000	–	5.567	=	104.433
Don Santiago	110.000	–	40.568,32	=	69.431,68

Precisiones

- El artículo 1.041 del Código Civil dispone que no se hallan sujetos a colación «los regalos de costumbre», en el supuesto se ha considerado que un obsequio de 30.050,61 euros no es algo acostumbrado.
- El artículo 1.049 del Código Civil dispone que «los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión»; en el supuesto se ha considerado que la actualización del importe en metálico para compensar el efecto de la inflación debería hacerse sobre la base del IPC y no del interés legal del dinero, por considerar que este determinaría los frutos producidos por lo donado. Donde quizás sí debería aplicarse el interés legal sería, en el hipotético retraso en la participación, al periodo entre la apertura de la sucesión y la efectiva participación de la herencia.

Fuente: *Lex Nova. La Revista*, núm. 51, enero-marzo 2008, págs. 32 y 33.

5. PAGO

El testador puede pagar, atribuir la legítima por cualquier título, es algo que ya sabemos: puede atribuirlo, así, como herencia, como legado o, en vida del causante, como donación, sin que sea preciso que el testador diga expresamente que la atribuye, que paga, abona, salda la legítima. De lo que se trata de determinar ahora es si la legítima –cuando no ha sido anticipada en vida, se entiende– debe cumplirse, pagarse mediante la entrega de bienes hereditarios –pago *in natura*, se dice–, o puede, por ejemplo, un heredero legitimario quedarse con todo el caudal relicto entregando en metálico, con dinero no hereditario por tanto, el valor de su legítima al resto.

En este sentido, se ha de decir que la satisfacción de la legítima con bienes hereditarios se reconoce todavía como el principio en la materia. Sin embargo, son cada vez más, sobre todo desde la reforma de 1981, las excepciones consagradas al objeto de posibilitar que la legítima se abone con bienes no integrantes de la herencia.

En el epígrafe anterior veíamos ya un ejemplo en el caso del artículo 821 del Código Civil, en cuanto al legado de una finca que no admita cómoda división. Otro supuesto es el del artículo 1.056, párrafo 2.º, justificado en el mantenimiento en unas solas manos de la explotación familiar o de una sociedad comercial que presente tal carácter. Establece, así la norma que:

> «El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844».

Pero, sin duda, es el artículo 841 del Código el que parece exceder de lo que sería un supuesto especial para atacar directamente el principio general. Dice en tal dirección el precepto lo siguiente:

> «El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquel, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.
>
> También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil».

Más allá de la particularidad de que el precepto resulte aplicable únicamente en relación con los legitimarios descendientes, el precepto se interpreta no obstante, en un intento por preservar el principio o regla general del pago *in natura*, diciendo que estamos ante una proposición que debe ser aceptada por los legitimarios designados adjudicatarios (art. 842), pues de no contar con su beneplácito se seguirán las reglas ordinarias en materia de partición; es decir, cobrarán todos a partir de los bienes hereditarios. Pero la conmutación se hace obligatoria –hasta poder imponerse por vía judicial (art. 842 del CC)–, y es ahí donde reside la esencia de la norma, para los que no hayan sido llamados a recibir los bienes de la herencia, sino su cuota en dinero, que no necesariamente, surge de la norma, ha de integrar la masa hereditaria.

Así las cosas, cuando los legitimarios adjudicatarios opten efectivamente por pagar en metálico a los restantes descendientes, establece el artículo 844 del Código Civil que les comunicarán su decisión en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión, debiendo cumplir con el pago en el plazo de otro año más, salvo que entre todos pacten otra cosa. Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o contador y se procederá a repartir la herencia según las normas comunes sobre la partición.

6. INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

Las normas que regulan la legítima son de Derecho necesario, en cuanto imperativas, sustraídas a la libre disponibilidad tanto del causante como de los legitimarios, siquiera para estos anticipada. Es así que el artículo 813 establece que:

> «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley [en referencia al instituto de la desheredación del que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe].

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

Precisiones

Del carácter indisponible del sistema legitimario en nuestro Derecho (común) es también fiel expresión el artículo siguiente del Código en cuanto declara nula «toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos», de forma que estos «podrán reclamarla cuando muera aquel; pero deberán traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción». Por tanto, una renuncia o transacción de esta clase se considerará como inexistente por lo que el mismo heredero renunciante, a la muerte del testador, podrá reclamar su cuota legitimaria.

Sin embargo, una vez abierta la sucesión serán válidos los pactos sobre la legítima. Siguiendo en este punto a Lacruz Berdejo, los más frecuentes en la práctica son los de renuncia, en términos transaccionales entre legitimario y herederos, a las acciones derivadas de la legítima, o bien a su ejercicio cuando haya lugar a él, obviando ex artículo 1.000.1.º del Código Civil equiparar este tipo de renuncia a la repudiación de la herencia. Producida la renuncia de todos los legitimarios no adquieren derecho a ella los parientes del causante del mismo orden o de ulterior grado, contra lo que ocurre en la sucesión intestada. Es decir: renunciando todos los hijos, no adquieren derecho a legítima los nietos; de igual modo que si renuncian los padres, no devienen «herederos forzosos» los abuelos. Si, en cambio, solo renuncia alguno de los legitimarios, aumentará la legítima de los demás conforme con el artículo 985, esto es, sucederán «por su derecho propio y no por el derecho de acrecer».

El artículo 813 del Código Civil declara, por tanto, la intangibilidad de la legítima; intangibilidad exactamente cualitativa en su segundo párrafo, al disponer la nulidad de los gravámenes que pueden consistir en la no atribución inmediata de la legítima (mediante la imposición de una condición suspensiva, un término inicial o el nombramiento del legitimario como fideicomisario); en la imposición de verdaderas cargas sobre la legítima (un modo, un usufructo, un legado a cargo del legitimario, un fideicomiso en el que el legitimario quede como fiduciario, una condición resolutoria, un término final).

Precisiones

Dos apreciaciones son imprescindibles para comprender la insusceptibilidad de gravamen de la legítima. En primer lugar, al legitimario se le pueden dejar bienes previamente gravados (por ejemplo, con una hipoteca), cuestión que se resolverá mediante las reglas sobre el cálculo de la legítima vistas previamente, donde el crédito hipotecario se considerará deuda a los efectos oportunos. Pero otra cosa es que el gravamen sea impuesto directamente en el testamento; ese es el sentido primordial de la regla. No puede cumplirse con la legítima gravando la cuota legitimaria, o los bienes correspondientes con gravámenes o condicionantes de nueva creación.

> «Así, pues, si bien el testador no puede asignar la nuda propiedad de una finca al legitimario como pago de su legítima, disponiendo que el usufructo recaiga en otra persona (salvo el supuesto del art. 820, inciso 3.º [que en realidad supone la concreción –que no excepción– para el caso en particular de cuanto aquí se viene diciendo]), puede perfectamente asignar a un legitimario un derecho de nuda propiedad que se encuentra ya así en su patrimonio, y de igual manera una finca gravada con un censo o una hipoteca» (Lacruz Berdejo).

La segunda apreciación atiende a la mejora. En tal sentido, es la legítima estricta la que se somete al principio de la intangibilidad cualitativa de manera más absoluta, pero no ocurre lo mismo con el tercio de mejora (arts. 824 del CC, 782 *in fine*); a causa de la especialidad de esta, a la que no se tiene un derecho legal a su reparto por igual, es que puede dejarse a un descendiente:

> «Con un gravamen a favor de otro descendiente, ya que si puede privarse de ella, con mayor razón es posible no privar de la misma, sino dejarla gravada con un gravamen a favor de quienes pudieron ser favorecidos, no con el gravamen, sino con la mejora entera» (Albaladejo García).

Con todo, en relación con la legítima gravada existe un supuesto especial admitido por doctrina y jurisprudencia; es la llamada *cautela socini* o sociniana, la cual encuentra cierta recepción en el ordinal tercero del artículo 820 del Código Civil. Conocida también como cautela angélica o gualdense, debe su nombre a un jurisconsulto italiano, Mariano Socino, muerto a mediados del siglo XVI, que aprobó una cláusula de este tenor inserta en un testamento. Con antecedentes ya en el Digesto, viene a definirse como:

> «La cláusula establecida por el testador, en virtud de la cual el heredero forzoso que ve su cuota legítima gravada o perjudicada, pero a quien se favorece en otras disposiciones, puede optar por cumplir lo ordenado en el testamento o por reclamar íntegra y pura su legítima, sin excedente alguno, renunciando a los beneficios posibles ofrecidos por el de cuius».

Mediante una disposición del estilo, se vendría a permitir al testador imponer una carga a la legítima y dejar al heredero forzoso algo más de lo que le correspondiera, pero debiendo aceptar lo dejado con la carga o contentarse solamente con la legítima.

En los códigos civiles modernos, esta cautela parece no tener entrada por contradecir dos principios básicos:

- Que el testador solo en los casos legales puede privar a los herederos de su legítima.
- Que sobre esta no cabe imponer gravamen alguno, ni condición, ni sustitución.

Con todo, puede darse una interpretación que la torne compatible. Se trata de la potestad que tiene el testador para mejorar a los legitimarios en algunos ordenamientos, y, en todos, para dejarles la cuota disponible o parte de ella. Entonces, cabe la composición de que la carga, que en apariencia pesa sobre la legítima, no significa sino la opción para el heredero de ser mejorado o de recibir una fracción de lo enteramente disponible por el causante, si acepta la carga sucesoria. Y esto sí que ha de considerarse lícito.

A su vez, la intangibilidad se dice cuantitativa para expresar que el causante no puede privar de su derecho, en todo o en parte, al legitimario sin una justa causa (de las legalmente establecidas para la desheredación). En tal sentido, el artículo 815 del Código Civil ofrece remedio a la atribución incompleta al establecer que:

> «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos que la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma».

Es la llamada acción de suplemento de legítima. La acción se ventilará por los trámites del correspondiente proceso declarativo ordinario, se dirigirá contra los herederos, siendo transmisible a los herederos del legitimario y entendiéndose que prescribe a los treinta años.

7. LA DESHEREDACIÓN

7.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Puede definirse la **desheredación** como aquella disposición testamentaria por la que se priva de su legítima a un «heredero forzoso», en virtud de una justa causa de las que taxativamente señala la ley. «Desheredar» no equivale en el Código a su significado etimológico e histórico, de privar de la condición de heredero a alguno de los herederos forzosos; hoy, y tal como hemos configurado en su naturaleza la legítima, desheredar es privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella, y así resulta del texto del artículo 813, párrafo 1.º.

En cuanto instituto, la desheredación propone moderar los efectos del sistema de legítimas, dando cierta intervención en las mismas a la autarquía civil del testador, poniendo al servicio del mantenimiento del buen orden y la disciplina familiares al ofrecer al testador medios de castigar la infracción de aquellos deberes más trascendentales y precisos para su existencia.

Las razones que en contra de la desheredación se han invocado no son decisivas. Las causas de indignidad tienen un ámbito general y social, mientras que las de desheredación presentan un carácter relativo y exclusivamente familiar.

> «Una cosa es –expresa Mucius Scaevola– la falta social, y otra la falta familiar. Ambas participan mutuamente de sus respectivas condiciones; pero aparecen en distinto campo y se examinan y se juzgan de distinto modo. Cuando la falta es social antes que nada, la ley interviene por sí misma, declarando excluido de la sucesión al ofensor. Cuando es ante todo familiar, cuando lo primero y más hondamente afectado es el orden de la familia, la ley debe dejar el campo abierto al ofendido, para que este mida y aprecie, y castigue, en su caso, la falta cometida».

En todo caso, y aunque sea anticipar de forma resumida cuestiones vinculadas con el régimen que iremos viendo a continuación sobre la desheredación, conviene por su proximidad conceptual presentar el siguiente cuadro sinóptico para conocer sus diferencias con la indignidad como instituto, y ello desde un punto de vista marcadamente procesal (accion contra la desheredación frente a acción por indignidad); su autoría corresponde al profesor Lledó Yagüe y se transcribe aquí por su utilidad:

	Desheredación	Indignidad
Definición	El testador conoce la causa de indignidad o desheredación y así lo manifiesta formalmente excluyéndolo de la herencia.	El testador no conoce la causa de la indignidad, puesto que si la conociera tendría la posibilidad de desheredarlo; por lo general esta acción nace mortis causa, una vez fallecido el testador.
Causas	• Hijos y descendientes: las de incapacidad por indignidad para suceder señaladas en el artículo 756.2.º, 3.º, 5.º y 6.º del Código Civil; haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda; o haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. • Padres y ascendientes: las del artículo 756.1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del Código Civil; haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170 del Código Civil; haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo; o haber atentado uno de los padres contra la vida del otro si no hubiere habido entre ellos reconciliación. • Cónyuge: las del artículo 756.1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del Código Civil; haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales; las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170 del Código Civil; haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge; o haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado la reconciliación.	• Que el demandado sea padre que abandonare, prostituyera o corrompiera a sus hijos. • Que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. • Que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de «presidio» o «prisión mayor», cuando la acusación sea declarada calumniosa. • Que el demandado fuera heredero mayor de edad que conozca de la muerte violenta del causante, no la denuncie dentro de un mes a la justicia, y esta no hubiera procedido de oficio. • Que obligue al testador a testar mediante amenaza, fraude o violencia. • Que impidiere a otro hacer testamento, revocar el que tuviera hecho o suplantare, ocultase o alterase otro posterior.

.../...

	Desheredación	Indignidad
.../...		
Legitimación activa	El desheredado legitimario.	Cualquier heredero contra el posible indigno.
Prueba	El desheredado que accione deberá probar alguna o varias de las siguientes circunstancias: • Que la desheredación no se ha hecho en testamento. • Que se ha llevado a cabo sin expresión de causa. • Que habiéndose expresado su causa, su certeza no se ha probado, habiendo sido contradicha. • Que la causa de desheredación alegada no es una de las previstas en el artículo 852 y siguientes del Código Civil. • Que ha habido reconciliación posterior a la ofensa.	El que accione debe probar: • La causa de indignidad. • Que el testador no conocía la causa de indignidad al tiempo del testamento, o bien que esta causa apareció con posterioridad al testamento y el testador no la remitió en documento público. • Que la «incapacidad» del indigno lo fue al tiempo de la muerte del causante.
Plazo y *dies a quo*	Discusión doctrinal.	Desde que se conozca; como máximo cinco años desde que el «incapaz» esté en posesión de la herencia o legado.
Efectos de la estimación de la acción	• Se anula la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado. • La invalidación de la desheredación afectará, en principio, a todos los herederos designados. • La cuota del desheredado deberá calcularse del conjunto del caudal relicto y lo donado.	• Será nula la disposición a favor del indigno. Priva al indigno de la herencia o legado. • Además, si el incapaz hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con los accesorios, frutos y rentas que haya percibido.

En cuanto a los **elementos personales**, no parece haya problemas de calificación en la materia. Desheredar solo puede hacerlo el causante, a través de testamento, y solo

podrá hacerlo respecto de alguno de los llamados a la legítima (arts. 853 a 855 del CC). En este sentido, un colateral podrá declararse indigno para suceder pero no puede quedar desheredado pues carece de derecho legitimario alguno como sabemos.

Precisiones

En cuanto a la capacidad para desheredar, el Código Civil nada dice, por lo cual –siendo requisito formal de la desheredación hacerse en testamento– debe entenderse que la capacidad para desheredar es la normal requerida para testar: quien puede instituir heredero puede desheredar.

7.2. FORMA Y REQUISITOS DE LA DESHEREDACIÓN

7.2.1. Forma de efectuarla

Según establece el artículo 849 del Código Civil, «la desheredación solo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde». Naturalmente, aunque el artículo no lo diga, habrá que expresar quién es el desheredado.

Conviene repasar brevemente los tres requisitos formales a la postre mencionados:

- **Que se haga en testamento.** La naturaleza de disposición mortis causa que la desheredación tiene y la importancia y trascendencia del acto justifican que se exija para él la forma solemne que es propia de las disposiciones de última voluntad. Por tanto, habrá de considerarse nula, aplicando por analogía el artículo 672 del Código Civil, la desheredación que haga un testador refiriéndose a cédulas o papeles privados que aparezcan después de su muerte, en su domicilio o fuera de él. En cambio, no cabe duda de que es válida la que se haga en cualquier clase de testamento, importando poco que sea común o especial.
- **Que se designe claramente al desheredado.** Aunque nada dice a este respecto el Código, debe llegarse a la misma consecuencia deduciéndola de lo dispuesto en los artículos 772, párrafos 1.º y 2.º, y 773, párrafo 1.º, para la institución de heredero.

Precisiones

El primer precepto, en esos apartados, indica que conviene recordar «que el testador designará al heredero [desheredado para lo que aquí nos interesa] por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido [desheredado]», siendo que aunque omita el nombre del heredero, «si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido valdrá la institución [la desheredación]».

En virtud del artículo 773, por su parte, el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, del desheredado en este nuestro contexto de ahora, no viciará la desheredación «cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada».

- **Que se exprese la causa legal en que se funde.** Este requisito queda formalmente cumplido:
  - Si se expresa la causa legal aunque no se precisen los hechos constitutivos, que, de ser ciertos, podrán ser probados por los herederos en caso de controvertirse la causa, aunque el testador no los haya precisado.
  - Si a la inversa se refiere el hecho constitutivo, aunque no se exprese la causa legal en que se funde.
  - Si se señala genéricamente una causa que puede comprenderse en alguna o varias de las legalmente tipificadas.
  - Si, aun sin precisar el hecho ni referirse a una causa legal genérica ni específicamente determinada, las palabras con las que el testador se exprese sean suficientemente explícitas para hacer entender que se refirió a hechos ocurridos calificados por la ley como causa de desheredación.

7.2.2. Requisitos para la efectividad de la desheredación ordenada

Pero, para que la desheredación formalmente ordenada sea eficaz son preceptivos otros requisitos: unos, referidos a la causa expresada en el testamento, que ha de ser legal

y cierta, y otros, relativos a la persistencia de la voluntad de desheredar, que requiere que el testamento se mantenga vigente y que no haya habido perdón, reconciliación ni remisión. Vamos a analizarlos brevemente:

- Que la causa en que se funde sea legal, es decir, «alguna de las causas que expresamente señala la ley» (art. 848). De ellas nos ocuparemos luego.
- Que sea cierta y, según el artículo 850, la prueba de su certeza «corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare».
- Que el desheredante no hubiese otorgado antes de ordenar la desheredación, pero después de conocer el hecho invocado, testamento instituyendo heredero al que después deshereda. Así resulta por aplicación analógica de lo que el artículo 757, inciso 1.º, dice respecto de las causas de indignidad, pues la remisión debe considerarse irrevocable.
- Que el testamento que contenga la desheredación no sea anulado ni revocado.
- Que no haya habido reconciliación antes ni después de la desheredación. Así lo dice el artículo 856: «La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a este del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha».
- Que no haya habido remisión de la causa, antes ni después de la desheredación.

7.3. CAUSAS EN QUE HA DE FUNDARSE LA DESHEREDACIÓN

Nuestro Código establece causas de desheredación que conviene clasificar en **generales** y **especiales**. Las primeras son aplicables a todos los legitimarios, las segundas, en particular, respecto de los descendientes, ascendientes o cónyuges, según sea el supuesto. En todo caso, la lista es taxativa o, lo que es lo mismo, existe númerus clausus en la materia. A continuación se especifican unas y otras.

7.3.1. Causas generales

Exactamente, el artículo 852 establece que «son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º». Son, pues, las siguientes:

- Abandonar a los hijos (art. 756.1.º, inciso 1.º).
- Prostituir o corromper a sus hijos (art. 756.1.º, inciso 2.º), que se entiende extensivo a la corrupción de los hijos sin distinción de su sexo, en virtud de órdenes y ejemplos corruptores, tolerancias indiscretas y direcciones viciosas.
- Ser condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge, descendientes o ascendientes (art. 756.2.º).

  La pendencia del requisito de haber sido condenado en juicio no impide la desheredación cuando se halle en trámite, pero su eficacia quedará pendiente de la sentencia condenatoria. No le afectan el indulto, la amnistía o la prescripción de la pena, pero sí el fallo favorable en juicio de revisión.
- Haber acusado al testador de delito al que la ley señala pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación haya sido declarada calumniosa (art. 756.3.º), lo que requiere: que se trate de una acusación entendida en sentido vulgar, que incluye tanto la querella como la denuncia, la declaración testifical y la pericial, y que sea declarada calumniosa; que se refiera a un delito al que la ley señale pena no inferior a presidio o prisión mayor (la denominación de las penas de presidio y prisión mayor no existe en el CP de 1995).
- Haber obligado al testador con amenaza, fraude o violencia a hacer testamento o a cambiarlo (art. 756.5.º), pero estos hechos deben ser determinantes y han de haberse ejercido, directa e individualmente, contra la persona del testador. No se requieren condena criminal ni sentencia alguna previa.
- Impedir por iguales medios a otros hacer testamento o revocar el que tuviesen hecho, o suplantar, ocultar o alterar otro posterior (art. 756.6.º).

7.3.2. Causas especiales de desheredación de los descendientes

Enumera el artículo 853 (después de repetir innecesariamente que pueden ser aplicables las señaladas en el art. 756 con los núms. 2.º, 3.º, 5.º y 6.º) las siguientes causas especiales de desheredación respecto de **hijos** y **descendientes**:

- Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. No es necesario que los alimentos hayan sido reclamados judicialmente, bastando que la negativa se pruebe por cualquier medio, con arreglo al artículo 850; ni es preciso que el descendiente se haya quedado

sin alimentos si no ha sido gracias a que otra persona se los haya prestado, o porque judicialmente se hubiese impuesto la obligación al desheredado, si consta su negativa; ni se requiere mala fe ni temeridad en la negativa.

Por otra parte, se puede considerar motivo legítimo para negar alimentos el consignado en el número 2.º del artículo 152 (a saber, cuando la fortuna del obligado se hubiere reducido al punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia).

- Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. La jurisprudencia ha hecho las siguientes importantes aclaraciones:

  – Que no es preciso que el testador determine el hecho constitutivo de la injuria o las palabras en que esta se haga consistir, por cuanto su certeza puede ser contradicha, y debe en este caso probarse en juicio para que la desheredación sea válida y eficaz en perjuicio del desheredado.

  – Que no es preciso tampoco que preceda una sentencia condenatoria.

7.3.3. Causas especiales de desheredación de los ascendientes

Son, según el artículo 854 del Código, justas causas para desheredar a los **padres** y **ascendientes**:

> «Además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:
>
> 1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.
>
> 2.ª Haber negado los alimentos a los hijos o descendientes sin motivo legítimo.
>
> 3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro si no hubiera habido entre ellos reconciliación».

7.3.4. Causas especiales de desheredación del cónyuge

Dice el artículo 855 que serán justas causas para desheredar al cónyuge:

«Además de las señaladas en el artículo 756, con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

1.ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.

2.ª Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad conforme al artículo 170.

3.ª Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.

4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador si no hubiere mediado reconciliación».

7.4. EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN

La desheredación que reúna todos los requisitos para su validez produce los siguientes efectos:

7.4.1. Respecto del desheredado

- Le excluye de todo derecho a reclamar su legítima, como resulta del artículo 813, párrafo 1.º.
- Debe quedar excluido de la sucesión intestada, cuando hubiere lugar a ella (es decir, si el causante en el testamento en el que ordena la desheredación, ni en otro alguno, no hubiese dispuesto de todos sus bienes), pues quien ha sido excluido de la sucesión forzosa, tanto más habrá de entenderse privado de una sucesión ordenada con carácter subsidiario para suplir la falta de disposición del causante.
- Respecto de las atribuciones testamentarias hechas por el desheredante al desheredado, este debe entenderse excluido de las hechas en un testamento anterior, aunque solo haya de entenderse parcialmente revocado, a tenor del artículo 739, párrafo 1.º; pero si se otorgan en el mismo testamento en que se ordena la desheredación (desheredación parcial).
- La ordenada por un ascendiente significa la privación de todo derecho a la reserva, ya que esta se basa en una presuposición legal de la voluntad del cónyuge premuerto, del que habla el artículo 968 y siguientes, o del ascendiente del que proceden los bienes de que se ocupa el artículo 811.

- La desheredación hecha por el reservista también privará al desheredado de todo derecho a la reserva, conforme al artículo 973, párrafo 2.º, facultad que Vallet ha estimado extensiva al reservista del artículo 811.

> **Precisiones**
>
> Sobre las reservas, se remite una vez más a la Unidad siguiente, para una mejor compresión de estas exclusiones que ahora se señalan.

- Priva al desheredado del derecho a recibir alimentos, conforme al artículo 152.4.º.
- También le excluye del usufructo y administración de aquellos bienes que, en virtud del artículo 757, correspondan a sus hijos y descendientes, como precisa el inciso final de dicho artículo.

En cambio, no basta para la revocación de las donaciones que el desheredante la hubiere otorgado en favor del desheredado, aunque hubieran sido imputadas a su legítima, pues para ello se precisa ejercitar la acción de revocación por ingratitud por las causas expresadas en el artículo 648 del Código Civil, en el corto plazo determinado en el artículo 652, acción que no se transmite a los herederos del donante, si pudiendo, este, no la hubiese ejercitado, como dice el artículo 653, párrafo 2.º.

7.4.2. Respecto de los hijos y descendientes del hijo o descendiente desheredado

Con todo, establece el artículo 857 que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

7.4.3. Respecto al destino de la legítima del desheredado si no se trata de un descendiente a su vez con hijos o descendientes

- Si se trata del cónyuge viudo, desaparece la cuota legal usufructuaria en beneficio de aquellos a quienes corresponde la nuda propiedad de ella.

- Si el desheredado tiene colegitimarios de la misma clase, se incrementará la legítima de estos, conforme determina el artículo 985, párrafo 2.º. Lo cual, según dice su texto, les ocurre «por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer».
- Si el desheredado no tuviese colegitimarios de la misma clase, o todos ellos fuesen desheredados, su porción legitimaria deja de ser legítima y pasará a ser herencia libre.

7.5. LA DESHEREDACIÓN INJUSTA

El Código, en su artículo 851, dice que:

> «La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en uno de los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima».

Por consiguiente, la desheredación producirá sus efectos mientras no sea impugnada, no pudiéndose declarar tampoco de oficio. Pero de impugnarse con éxito, siendo el injustamente desheredado un descendiente que concurra con otros descendientes colegitimarios, solo obtendrá su legítima estricta, conforme ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de enero de 1959, a cuyo cálculo deberán imputarse las donaciones que hubiere recibido (art. 819, párrafo 1.º). El principio, pues, del que parte el Código –algo que también informa, como veremos, el instituto de la preterición– es mantener en vigor mientras sea posible el testamento aunque corregido, aunque reducido en su alcance en tanto pueda cumplirse con la legítima que corresponda al que se demostrara injustamente desheredado.

Precisiones

En el caso, por tanto, el desheredado injustamente, el legitimario:

> «Podrá pedir la anulación de la institución de heredero (salvo en lo que sea mejora), pero no íntegramente, sino solo en cuanto le perjudique (es decir, en cuanto baste a cubrir su legítima); quedando intacto

.../...

.../...

por lo demás el testamento (art. 851), a menos que con lo reducido no haya bastante para cubrir la legítima, en cuyo caso procederá la reducción de las demás disposiciones testamentarias patrimoniales, y luego de las donaciones» (Albaladejo García).

7.6. REVOCACIÓN, RECONCILIACIÓN Y PERDÓN

La desheredación pierde sus efectos:

- Por revocación o nulidad del testamento que la contenga, si no se excluyere de sus efectos la cláusula específica relativa al desheredado.
- Por reconciliación posterior del ofensor y del ofendido, que, según el artículo 856 del Código Civil, «priva a este del derecho de desheredar y deja sin efecto la desheredación ya hecha».
- Por reconciliación entre los padres en caso de desheredación de uno de ellos por un hijo por la causa del número 3.º del artículo 854 (consistente, recuérdese, en haber atentado uno de los padres contra la vida del otro), como vemos, la reconciliación no es aquí con el testador, a diferencia del punto anterior.
- Por remisión o perdón, que deberá hacerse de modo expreso y constar en documento público, conforme exige el artículo 757 para remitir una causa de indignidad. La remisión debe ser especial y concreta al hecho que produce la causa de desheredación, no bastando el perdón general que suelen otorgar los testadores en los últimos momentos de su vida.

Precisiones

Vallet observa la diferencia que media entre la reconciliación, que es bilateral y recíproca y puede resultar tácitamente, y la remisión, que es unilateral y debe ser expresa, específica y formalmente hecha en testamento (abierto, cerrado u ológrafo, común o especial) o en documento público.

8. LA PRETERICIÓN

Se entiende por **preterición** la omisión de alguno de los legitimarios en el testamento, sin desheredarlo expresamente. Es, pues, una privación de la legítima hecha tácitamente, a diferencia de la desheredación, que es una privación por modo expreso. En todo caso, la preterición exige la omisión de todos o algún legitimario en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles el causante atribuido en su cuerpo –o anteriormente, como sabemos– ningún bien, así como, por supuesto, que le sobrevivan. Es por ello que no hay preterición cuando se les deja en el testamento menos de lo que les corresponda –supuesto en que lo que corresponderá será la oportuna acción de complemento–; cuando, sin ser citados en el testamento, hayan recibido, se les haya anticipado su legítima –o parte de ella– en vida del causante (mediante una donación de las colacionables); o, también, si el preterido se demostrase indigno para suceder, siendo que el causante al tiempo de fallecer no hubiera hecho remisión del motivo en que la indignidad se basa. De la misma manera que no es necesaria la mención a los descendientes del hijo cuando, no preterido en el testamento, fallezca con anterioridad al causante y procede a favor de aquellos el derecho de representación.

El régimen acerca de la preterición lo encontramos en el artículo 814 del Código Civil, que dice lo que sigue:

> «La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.
>
> Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:
>
> 1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.
>
> 2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.
>
> Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.
>
> Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

El precepto distingue, como vemos, entre la preterición de ascendientes y cónyuge, que reduce y no anula la institución de herederos efectuada en el testamento, y la preterición de hijos o descendientes, diferenciando a su vez respecto de estos entre la preterición no intencional o errónea (por ejemplo, el causante al momento de testar ignoraba la misma existencia del legitimario de que se tratase; por ejemplo, porque naciera unos años más tarde y no hubiera tenido la oportunidad o diligencia de cambiar su testamento) y la preterición intencional (por no querer el causante declarar la existencia de un hijo extramatrimonial en el cuerpo del testamento, por ejemplo), equiparándose esta en sus efectos a la desheredación injusta.

En la regulación, pues, tanto si se omite en el testamento contemplar a un legitimario ascendiente o al cónyuge, como si se trata de una preterición intencional de un descendiente, se ordena reducir –rescindir en cuanto resulte necesario, expresa en alguna sentencia el Tribunal Supremo– la institución de heredero; y si no existiera dicha institución de heredero o con su inefectividad o reducción no bastara, se reducirán los legados, mejoras y demás disposiciones atributivas hasta cumplir con la legítima del preterido (Moreno Quesada). Se parte, pues, como principio, de la rectificación de lo mandado en el testamento pero solo en el exclusivo sentido de preservar los derechos de los legitimarios (Lacruz Berdejo).

Precisiones

Tal es la regla general:

> «La omisión intencionada del legitimario: la voluntad deliberada de que no figure su nombre en el testamento. En tal caso, el legislador no ha castigado la torcida intención del deudor de la legítima anulando sus disposiciones, sino que, interpretando su voluntad del modo más favorable a la conservación de estas, evita solo el perjuicio de la legítima, de modo que el preterido no obtendrá sino su legítima estricta (incluida la parte del tercio de mejora no empleada en mejorar). La ley deja, así, las cosas de igual modo que si el causante, que no puede desheredar a un legitimario y desea darle el mínimo legal, lo hubiera hecho así en testamento» (Lacruz Berdejo).

En cambio, tratándose de la preterición errónea, no intencional de un descendiente, el artículo 814 del Código Civil profundiza todavía más distinguiendo dos situaciones:

- **La preterición de todos los legitimarios hijos o descendientes.** En este caso, sí que se anulará el testamento en toda su dimensión patrimonial, quedarán sin efecto todas las disposiciones de contenido patrimonial del testamento, manteniéndose tan solo las de carácter personal: reconocimiento de hijos, nombramiento de albaceas, contador-partidor, tutor, etc. Dejando estas disposiciones al margen, se abrirá entonces la sucesión intestada.
- **La preterición de solo alguno de los hijos o descendientes legitimarios.** En este caso, «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas». No obstante, y como privilegio a favor del cónyuge supérstite, su institución como heredero deberá anularse en último término, pues como dice el precepto «solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas», expresión de la preferencia que a tal efecto se le reconoce.

Precisiones

Es la excepción:

> «Si la preterición es no intencional, la ley tiene en cuenta –como en el caso anterior– la más verosímil y presumible voluntad del causante, y si el testador ignoraba la existencia de todos los legitimarios manda anular tanto las instituciones del heredero como los legados: "todas las disposiciones de contenido patrimonial". Si conocía la existencia de algunos y no la de otros, sigue la regla tradicional de anular la institución de heredero y respetar las mandas en lo posible» (Lacruz Berdejo).

9. EPÍLOGO: ELENCO DE ACCIONES ESPECÍFICAS EN DEFENSA DE LA LEGÍTIMA

Con el fin de obtener lo que por legítima les corresponde, quienes tienen derecho a ella disponen de varias acciones, como se han ido mencionando a lo largo de esta Unidad. En cuanto acciones específicas establecidas al efecto de hacer efectivo el contenido

material que la institución de la legítima trata de asegurar, conviene, pues, contemplarlas, siquiera al final de la Unidad, en su conjunto. Son las siguientes:

- **La acción por preterición.** Que pueden ejercitar los herederos forzosos en línea recta, cuyo *petitum* variará conforme al tipo de preterición de que se trate: si reduciendo (preterición intencional) o anulando las disposiciones patrimoniales o al menos la institución de heredero (preterición no intencional).
- **La acción por desheredación injusta.** Ejercitable por los legitimarios que la hayan sufrido, tendente a obtener la invalidación, reducción mejor, de la institución en cuanto perjudique al de desheredado (art. 851 del CC).
- **La acción de suplemento o complemento de legítima.** Que pueden ejercitar aquellos legitimarios a quienes el testador haya dejado por cualquier título menos de lo que por legítima les corresponda, para obtener el complemento de la misma (art. 815 del CC), dirigiéndola contra los herederos o legatarios a quienes el testador haya asignado directamente cuota o bienes en exceso.
- **La acción de reducción de legados.** Que tiene como fin reducir las disposiciones testamentarias a título singular que mermen la legítima de algún legitimario a quien, si bien el testador le hubiera atribuido una cuota hereditaria o bienes suficientes para cubrirla, se la hubiese gravado con legados que la reduzcan, dejándola así incompleta (art. 817, en relación con el art. 820 y ss. del CC).
- **La acción de reducción de donaciones inoficiosas.** Que se considera subsidiaria de las dos anteriores, que compete al legitimario a quien no pueda completársele su legítima con la acción de suplemento ni con la de reducción de legados (arts. 636, 656, 819, párrafo 3.º y 820.1.º y 2.º).

Precisiones

Sería inexacto calificar las acciones de preterición y desheredación injusta como de inoficiosidad total, y las de suplemento y reducción como acciones de inoficiosidad parcial; pues en los supuestos de las primeras cabe que la inoficiosidad solo sea parcial, en el caso de que el preterido o el injustamente desheredado haya recibido donación del causante, y en los supuestos de las acciones de reducción de legados o donaciones cabe que la inoficiosidad sea total, si la legítima del actor reconocida por el testador hubiese quedado totalmente absorbida o agotada mediante legados o donaciones.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- La **sucesión forzosa**, **necesaria** o **legitimaria** está constituida por aquella parte de la herencia –no siempre igual según a quienes corresponda llamar por tal motivo–, denominada **legítima**, de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a las personas más allegadas al causante; así a sus descendientes, a sus ascendientes, si no dejara descendientes, y en todo caso –de estar casado, obviamente– a la persona de su cónyuge.
- Aunque la **legítima** se define legalmente como «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», el legitimario no es, por su condición de tal, heredero; en el caso, no tiene por qué serlo. Así, frente al argumento literal de la propia calificación dada por el legislador, se ponen de relieve las dificultades que resultarían del propio Código, para poder aceptar ese carácter: en primer lugar, porque el testador no está obligado a instituir heredero al legitimario, sino a dejarle por cualquier título lo que por legítima le corresponda. Y, en segundo lugar, porque el legitimario tiene derecho a una cuota de la herencia fijada después de deducir el pasivo (deudas y cargas no testamentarias), es decir, a una parte del activo, no de toda la herencia, que está integrada por activo y pasivo. Luego, si no responde de las deudas no es heredero, pues incluso el heredero que acepta con beneficio de inventario, sucede en las deudas, aunque limitadamente, hasta donde alcancen los bienes de la herencia.
- Por ley son legitimarios:
  - Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
  - A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
  - El viudo o viuda en la forma especial y medida que establece el Código Civil.
- Según el Código, «constituyen la **legítima de los hijos o descendientes** las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte

restante será de libre disposición». De tal modo se vendría a establecer la medida en que el causante (ascendiente) podría disponer en su testamento, a saber:

- Solo a favor de los hijos o descendientes por partes iguales sin perjuicio de la representación del hijo premuerto por sus descendientes; es el tercio de legítima estricta o corta.
- Igual o desigualmente a favor de todos o de cualquiera de sus descendientes de cualquier grado; es el tercio de mejora que, junto con la anterior, forma la legítima larga. Pero, si no se hace ejercicio de la facultad de mejorar, esta parte de la herencia habrá de repartirse entre las mismas personas a las que se refiere el párrafo anterior y de la misma manera, por partes iguales.
- Libremente a favor de aquel o aquellos parientes o extraños a quienes quiera favorecer; es el tercio de libre disposición.

• La **legítima de los padres y ascendientes** tiene un carácter subsidiario respecto de la de los hijos y descendientes, ya que depende de que al fallecimiento el causante no tenga descendientes. Más exactamente, los ascendientes serán legitimarios en caso de inexistencia o premoriencia de descendientes, pero no en los casos de repudiación, indignidad o desheredación de estos, distinción de gran importancia práctica, haya dejado o no el repudiante, indigno o desheredado hijos o descendientes que ocupen su lugar.

  En cuanto a su medida, constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo en el caso de que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

• Con respecto al **cónyuge supérstite** se le considera legitimario en todo caso y con tal que lo sea, esto es, que el matrimonio se encuentre «vigente» al tiempo de fallecer el causante. Pero la legítima del cónyuge es en su régimen especial, por las siguientes cuatro razones:

  - Es en usufructo, no en propiedad.
  - Es de extensión variable según los legitimarios con quienes concurra y aun cuando con ninguno de ellos concurra porque ningún ascendiente o descendiente exista o corresponda ser llamado en calidad de legitimario, siendo entonces el cónyuge supérstite el único legitimario en la sucesión testada de que se trate.

- Precisamente por ello, es que resulta compatible y simultánea con la legítima de descendientes o ascendientes, ya que la existencia de legitimarios de una u otra clase no excluye en sus derechos legales al cónyuge supérstite, simplemente variará su medida.
- Pero a la vez, aunque justamente, de haber concurrencia, la legítima del cónyuge viudo tendrá un efecto perjudicial respecto de los demás legitimarios, ya que si la concurrencia es con descendientes, estos verán gravado el tercio de mejora en favor del cónyuge, pues por ley será la mejora la parte objeto del tercio usufructuario concedido como legítima al consorte; y si es con ascendientes, la legítima de estos se reducirá pasando de la mitad de los bienes a solo un tercio.

• Así las cosas, la comentada variabilidad de la legítima viudal en cuanto a su **medida**, obliga a concretar hasta tres supuestos, detallando cuanto acabamos de señalar, a saber:

- Primero. Si concurre con hijos o descendientes del causante, la legítima del cónyuge supérstite consistirá en el usufructo de un tercio de la herencia, exactamente del tercio destinado a mejora, con lo que solo los sujetos mejorados quedarán en su virtud «gravados».
- Segundo. Si concurre con ascendientes del causante, su cónyuge tendrá derecho al usufructo sobre la mitad de la herencia.
- Tercero. Si no concurre con ningún otro legitimario, el cónyuge supérstite será el único a la postre, alcanzando su cuota legal el usufructo de dos tercios de la herencia, lo que bien mirado constituye el caso, sin duda, más criticable pues lo suyo hubiera sido convocarlo en tal o incluso inferior parte, pero «en propiedad».

• El testador puede pagar, atribuir la legítima por cualquier título: puede atribuirlo, así, como herencia, como legado o, en vida del causante, como donación, sin que sea preciso que el testador diga expresamente que la atribuye, que paga, abona, salda la legítima. En este sentido, se ha de decir que la satisfacción de la legítima con bienes hereditarios se reconoce todavía como el principio en la materia. Sin embargo, son cada vez más –sobre todo desde la reforma de 1981– las excepciones consagradas al objeto de posibilitar que la legítima se abone con bienes no integrantes de la herencia, algo de especial interés para el mantenimiento en una sola mano de explotaciones o establecimientos mercantiles o industriales, sobre todo, si son de carácter familiar.

- Las normas que regulan la legítima son de Derecho necesario, en cuanto imperativas, sustraídas a la libre disponibilidad tanto del causante como de los legitimarios, siquiera para estos anticipada. Es así que el artículo 813 del Código Civil establece que «el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley [en referencia a la desheredación]». Pero «tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie», reconociéndose así la **intangibilidad de la legítima**, sea cualitativa o cuantitativamente.
- En cuanto instituto, la **desheredación** constituye a la vez una garantía y una sanción para los legitimarios. Garantía, porque solo en los casos señalados por la ley pueden perder su legítima. Y condena, porque la relación natural de parentesco los obliga a determinado comportamiento para no perder esa justa expectativa patrimonial. De un lado cohíbe los caprichos, las arbitrariedades y el favoritismo de los testadores; por otra parte contiene las rebeldías y las ingratitudes, con refuerzo de la moral y la honradez de los herederos.

  Requiere la desheredación:

  - Que se haga en testamento.
  - Que se exprese la causa.
  - Que el motivo sea uno de los enumerados en la ley.
  - Que la prueba de la causa legal, de negarla el desheredado, sea demostrada por los otros herederos del testador.

  En cuanto a las **justas causas** previstas en el Código para desheredar figuran, en sus respectivos casos algunas indignidades para suceder, detallándose como generales las que siguen, así, por:

  - Haber abandonado, prostituido o corrompido a los propios hijos.
  - Haber sido condenado en juicio por atentado contra la vida del testador, su cónyuge, descendientes o ascendientes.
  - Haber acusado calumniosamente al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor.
  - Haber sabido de la muerte violenta del testador, sin haberlo denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio.

- Haber obligado, con amenaza, fraude o violencia, a que el testador hiciera el testamento o lo cambiara.
- Haber impedido por iguales medios a otro hacer testamento, o revocar el que hubiera hecho, o suplantar, ocultar o alterar otro posterior.
- Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, el no haber prestado al causante las atenciones debidas estando obligado a ellas.

Además de las posibles entre las antes enumeradas, son justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, el haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda, o el haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

En cuanto a los padres y demás ascendientes son justas causas de desheredación:

- Haber perdido la patria potestad.
- Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.
- Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, sin haber habido entre ellos reconciliación.

Específicamente, la desheredación del cónyuge resulta también posible por:

- Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
- Haber incurrido en causa que dé lugar a la pérdida de la patria potestad, con declaración judicial al respecto.
- Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
- Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

En todos los casos de desheredación, esta quedará sin efecto por la **reconciliación** posterior del ofensor y del ofendido, y si no hubiera hecho aún testamento quien deshereda, la reconciliación le privará obviamente del derecho de desheredar.

- Finalmente, la **preterición** es la omisión que de un heredero forzoso hace en su testamento el testador, sin tampoco desheredarlo expresa y justificadamente. El fundamento de la institución es doble, porque garantiza la inviolabilidad de la legítima y la necesidad de proceder a la desheredación con justa causa, entendiendo por ello que figure en la ley y que conste en el acto de última voluntad.

  Respecto de sus efectos, en el Código Civil se distingue entre la preterición de ascendientes y cónyuge, que reduce y no anula la institución de herederos efectuada en el testamento, y la preterición de hijos o descendientes, diferenciando a su vez respecto de estos entre la preterición no intencional o errónea (por ejemplo, el causante al momento de testar ignoraba la misma existencia del legitimario de que se tratase; por ejemplo, porque naciera unos años más tarde y no hubiera tenido la oportunidad o diligencia de cambiar su testamento) y la preterición intencional (por no querer el causante declarar la existencia de un hijo extramatrimonial en el cuerpo del testamento, por ejemplo), equiparándose esta en sus efectos a la desheredación injusta, con lo que se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al preterido, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.

  Tratándose, en cambio, de la preterición errónea, no intencional de un descendiente, cabría distinguir según la legislación, dos situaciones:

  – La preterición de todos los legitimarios hijos o descendientes. En este caso, sí que se anulará el testamento en toda su dimensión patrimonial, quedarán sin efecto todas las disposiciones de contenido patrimonial del testamento, manteniéndose tan solo las de carácter personal: reconocimiento de hijos, nombramiento de albaceas, contador-partidor, tutor, etc. Dejando estas disposiciones al margen, se abrirá entonces la sucesión intestada.

  – La preterición de solo alguno de los hijos o descendientes legitimarios. En este caso, «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas». No obstante, y como privilegio a favor del cónyuge supérstite, su institución como heredero deberá anularse en último término, pues como dice el precepto «solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas», expresión de la preferencia que a tal efecto se le reconoce.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

No tienen la genérica condición de herederos forzosos en nuestro ordenamiento:

a) Los hijos y demás descendientes del causante.
b) A falta de hijos y otros descendientes, los padres y ascendientes del finado.
c) Los colaterales, cuando no existen ni ascendientes, ni descendientes, ni cónyuge viudo.
d) El cónyuge viudo.

Enunciado 2

Constituye la legítima de los padres o ascendientes:

a) La mitad del haber hereditario del fallecido en todo caso.
b) La mitad del haber hereditario, salvo que concurran con el cónyuge viudo, en cuyo supuesto será de una tercera parte.
c) Las dos terceras partes de la herencia, salvo que concurran con el cónyuge viudo, en cuyo caso se reducirá a la mitad.
d) Las tres quintas partes de la herencia, salvo que concurran con el cónyuge viudo, en cuyo caso se reducirá a la mitad.

Enunciado 3

Para el caso de la legítima de los ascendientes, si el testador falleciera siendo huérfano de uno de sus padres:

a) La legítima que le hubiera correspondido al padre fallecido pasará a engrosar la parte de libre disposición.
b) La cuota legitimaria que al padre fallecido le hubiera correspondido quedará vacante abriéndose la sucesión abintestato.
c) La legítima recaerá íntegramente en el progenitor sobreviviente.
d) La legítima que hubiera correspondido al padre fallecido se distribuirá a partes iguales entre los ascendientes de este (entiéndase, del padre fallecido), si los hubiera, y el progenitor sobreviviente.

Enunciado 4

El tercio de mejora podrá ser dispuesto por el testador:

a) En favor de cualquier persona.
b) Solo en favor de sus hijos, pero de todos ellos, aunque sea desigualmente.
c) En favor de cualquiera de sus descendientes, por partes iguales o desiguales.
d) Solo en favor de todos o cualquiera de sus hijos, sea entre los designados por partes iguales o desiguales.

Enunciado 5

No se lesiona la legítima:

a) Cuando deducidas las deudas hereditarias, el saldo de la herencia fuera negativo y no existieran disposiciones inoficiosas que se pudieran reducir.
b) Cuando se obviara por el causante a la persona que tuviera a ella derecho en el testamento, sin haberle donado nada tampoco en vida.
c) Cuando el testador dispusiera en favor de la persona a la que a ella tuviera derecho una atribución insuficiente para cubrir el valor de la cuota que le corresponde por ley.
d) Cuando el testador imponga sobre ella gravamen, condición o cláusula de sustitución fuera de los casos admitidos por ley.

Solución 1

c) Los colaterales, cuando no existen ni ascendientes, ni descendientes, ni cónyuge viudo.

Solución 2

b) La mitad del haber hereditario, salvo que concurran con el cónyuge viudo, en cuyo supuesto será de una tercera parte.

Solución 3

c) La legítima recaerá íntegramente en el progenitor sobreviviente.

Solución 4

c) En favor de cualquiera de sus descendientes, por partes iguales o desiguales.

Solución 5

a) Cuando deducidas las deudas hereditarias, el saldo de la herencia fuera negativo y no existieran disposiciones inoficiosas que se pudieran reducir.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Madrid: Edisofer, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*: *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid: Dykinson, 2009.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid: Dijusa, 2011.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.): *Curso de Derecho civil, IV. Derechos de familia y sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones, 2. Legítima, mejora, derechos del cónyuge viudo, desheredación*, Barcelona: Bosch, 1997.

SERRANO ALONSO, E.: *Manual de Derecho de sucesiones*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.

En la Red

CUENCA ALAINE, P.: «El marco jurídico de las uniones de hecho en España», en http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201010-3579518234528614.html

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La legítima en la sucesión intestada* (Tesis Doctoral), en http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/764/la-legitima-en-la-sucesion-intestada/

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: «La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil», en *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia) 16/1998, págs. 53 a 73, en http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81231/78401

SANJUÁN GARCÍA, P.: «La colación de bienes», en *Lex Nova. La Revista*, núm. 51, 2008, págs. 32 y 33, en http://portalcorporativo.lexnova.es/revista_ln/revista51/32_calculadora.pdf

Avanzada

CÁMARA LAPUENTE, S.: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid: Universidad de La Rioja-Civitas, 2000.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en el Derecho común y foral*, Granada: Comares, 2004.

LLEDÓ YAGÜE, F.: *Sucesiones*. Cuaderno I, en O. Monje Balmaseda (coord.) Madrid: Dykinson, 2011, pág. 143 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código Civil*, Madrid: Universidad de Extremadura-Civitas,1991.

UNIDAD DIDÁCTICA

10 LA SUCESIÓN INTESTADA

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Concepto y caracteres
2. Fundamento particular y sistemas positivos: la troncalidad en el Código Civil
3. Presupuestos de la sucesión abintestato
   - 3.1. Cuándo tiene lugar
   - 3.2. Capacidad
   - 3.3. Título
4. Orden legal de llamamiento, categorías de sucesores abintestato y grado sucesorio
5. De la sucesión de los descendientes
6. De la sucesión de los ascendientes
7. De la sucesión del cónyuge viudo
8. De la sucesión de los colaterales
9. De la sucesión del Estado

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Este nuestro análisis sobre el Derecho sucesorio ha de terminar, siguiendo el orden en que es más apropiado enseñarse, con el régimen de la sucesión intestada. Con él termina también nuestro manual, lo que conviene advertir finalmente pues todos los temas vistos se incardinan, en mayor o menor medida, en una cierta idea de familia, de connotación más allá de lo legal. El familiar es, pues, ineludible fundamento del orden de llamamiento que incorpora el Código Civil en caso de que no exista testamento o el existente falle, sea ineficaz, aun parcialmente y con independencia del motivo.

La sucesión intestada supone, como se dice, la transmisión según normas legales de los derechos y obligaciones del causante, por su muerte o presunción de su fallecimiento, cuando no deja testamento o este resulta nulo o ineficaz. Se denomina también sucesión abintestato (sin testamento) o legítima (por ministerio de la ley) y, en cuanto transmisión, se caracteriza por estas circunstancias:

- Ser mortis causa, por requerir, obviamente, la muerte del *de cuius* o la declaración presunta de su fallecimiento.
- Ser a título universal, en cuanto en ella no hay sino herederos, y quedan excluidos los legados.
- Ser legal, en la forma determinada en la ley, que se apoya en el deseo más natural del causante, dentro de las costumbres nacionales.
- Ser supletoria, pues solo procede en caso de no haber testamento o resultar sin efecto este.

Así las cosas, y como en profundidad se verá a continuación, en el Derecho español el orden sucesorio –excluyente– de la sucesión abintestato sería el que sigue:

- Los descendientes, esto es, los hijos y sus descendientes que suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación, a reserva de la legítima usufructuaria de un tercio que le corresponde al cónyuge supérstite.
- A falta de hijos y descendientes, al difunto le heredarán sus ascendientes, a salvo de la legítima usufructuaria del cónyuge supérstite respecto de la mitad de la herencia.
- A falta de las personas comprendidas en las dos órdenes precedentes, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales, aunque estos solo en defecto de aquel.

1. CONCEPTO Y CARACTERES

Puede ser definida la **sucesión intestada**, la sucesión abintestato, como la sucesión hereditaria que se defiere por ministerio de la ley, cuando faltan, en todo o en parte, herederos testamentarios. Se funda el concepto tanto en el artículo 658 del Código Civil, como en lo dispuesto en sus artículos 912 y 913, que se estudiarán en las próximas páginas.

Por tanto, en el Código Civil no rige, como sucedía en el Derecho romano clásico, el principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, literalmente, «nadie puede morir en parte testado y en parte intestado», incompatibilidad eventual directamente rechazada desde que el Código advierte expresamente, en el propio y citado artículo 658, que la herencia «podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley».

Precisiones

Obviando el caso muy claro al que se refiere el artículo 912 en su inciso 2.º, en el que el testador no haya dispuesto de la totalidad de sus bienes, la compatibilidad se manifiesta más concretamente en el artículo 986 del Código Civil; según el cual, cuando en la sucesión testamentaria no tenga lugar el derecho de acrecer, conforme a los presupuestos que hemos visto sobre tal derecho en la Unidad 6, «la porción vacante del instituido, a quien no se le hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones».

Presentada de tal forma, en el contexto general de cuanto se ha venido viendo en estas Unidades, la sucesión intestada presenta una serie de caracteres, que pueden resumirse con Herrera Campos en los siguientes:

- **Carácter supletorio.** La sucesión intestada es una sucesión supletoria de la voluntaria, ya que solo tiene lugar cuando falta testamento válido, cuando

no ha dejado precisado el causante quiénes habrán de heredarle; existe testamento pero es ineficaz (siquiera parcialmente porque no dispone al final sobre la totalidad de los bienes dejados por el causante, algo que sabemos es posible ocurra en los hechos y por su libre decisión) o por razones subjetivas, relativas a los convocados testamentariamente a la herencia (por incapacidad, repudiación, premoriencia, etc.).

Precisiones

Vista del revés, la supletoriedad de la sucesión intestada supone reconocer la preferencia, la precedencia, si se prefiere –valga la redundancia– de la sucesión testamentaria, por más que con las limitaciones que el sistema legitimario y el régimen de reservas (régimen del que hablaremos justo en esta Unidad) vendría a suponer frente a la voluntad del causante.

- **Carácter legal.** Puesto que la ley es la que directa y exclusivamente, sin que medie declaración de voluntad de ninguna persona, hace el llamamiento a quienes deben ser herederos.
- **Carácter universal.** La sucesión intestada es una sucesión universal, incluso cuando el llamado –veremos– en último lugar, es el Estado, con la única excepción de la cuota usufructuaria que se reconoce aun en este ámbito al cónyuge supérstite.
- **Carácter compatible con la sucesión testada.** Como ya se ha dicho, la sucesión intestada, el llamamiento *ex lege*, resulta compatible cuando el testador no dispone de todos sus bienes o se da cualquier otro motivo por el que una parte de la herencia queda vacante pese a haber testamento.

2. FUNDAMENTO PARTICULAR Y SISTEMAS POSITIVOS: LA TRONCALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

La necesaria continuidad de la vida económica, de las relaciones patrimoniales –sin quedar a expensas del fallecimiento de quien resulte titular u obligado por ellas–, en cuanto expresión práctica de la seguridad jurídica como principio superior del ordenamiento, es la clave, el fundamento genérico de todo el Derecho sucesorio, como bien

sabemos. Corresponde ahora, sin embargo, plantearse el fundamento particular de la sucesión intestada; para ello es inevitable anticipar que en nuestra legislación común comienza llamándose a los parientes más cercanos del causante, empezando –cómo no– por sus descendientes, para solo en su defecto hacer lo propio con los ascendientes, en concurrencia en ambos casos, de encontrarse plenamente vigente el vínculo al tiempo del fallecimiento del causante, con la cuota usufructuaria legitimaria correspondiente al cónyuge. Este solo será llamado como heredero «en propiedad» si faltan parientes de una u otra categoría, anteponiéndose entonces a los colaterales del difunto, que solo se tienen en cuenta a tales efectos hasta el cuarto grado. Finalmente, en defecto de todos ellos, se llama al Estado.

Pues bien, siendo tal el panorama en nuestro Derecho común, el fundamento particular de la sucesión abintestato diremos que no es otro que la ordenación misma de la familia y la pertenencia al grupo familiar, de una parte, y, de otra, la pertenencia al grupo político, esto es, al Estado. La razón última de ser llamados los sucesores dichos, excepción hecha del Estado, no se hallaría en una suerte de voluntad presunta del difunto, sino en la raíz misma del propio sistema familiar, por cuya razón mejor título para la herencia habrían de tener los que mantuvieron con él una comunidad de vida e intereses que desconocidos en cualquier otro ámbito de la vida (Ruggiero). El vínculo familiar y –solo cuando este falle generando la vacancia en los bienes– el nacional serían las causas y el título del llamamiento legal, estimándose, por pura razón natural, que cuanto más estrecha sea la relación parental más intenso será el afecto, justificando el llamamiento de turno con preferencia.

Precisiones

Ya los romanos decían, en frase sumamente gráfica, que el afecto primero desciende, luego asciende y finalmente se expande. Recuérdese, completando necesariamente el aserto, que en el Derecho clásico la mujer solo cuando se encontraba casada *cum manu* ocupaba el lugar de hijo, no considerándose miembro de la familia de su esposo en caso contrario, en el que seguiría vinculada plenamente a su familia de origen.

Siendo la familiar la principalísima razón de ser de la sucesión intestada, dos sistemas legislativos se conocen en ella inspirada. Los sistemas subjetivos o estrictamente personales y los sistemas objetivos o reales.

Los **sistemas subjetivos**, inspirados todos ellos en el modelo hereditario romano, ordenan la sucesión (intestada) tomando en consideración únicamente el parentesco con el sucesor. Frente a ellos, y más propios, siquiera históricamente, del Derecho germánico, los **sistemas objetivos o reales** responden a una idea de familia ya superada. Lo que interesa es que los bienes queden en la propia familia, pero entendiendo a esta como un núcleo cerrado basado en el *ius sanguinis*, de modo que los bienes no salgan, con motivo del fallecimiento de quien hasta entonces había sido su titular, de la familia de la que traigan origen.

La troncalidad es la base del segundo sistema, pues y por ella los bienes en cuestión solo podrán recabar en parientes, es cierto, pero consanguíneos. En cuanto patrón, actuaría como condicionante de la sucesión de los ascendientes y los colaterales (salvo hermanos de doble vínculo), pues solo en tales casos concurrían –nos dice Lacruz Berdejo– parientes de distinta sangre:

> «La troncalidad, entonces, reconduce los bienes procedentes de un apellido a los parientes más próximos por razón de ese mismo apellido, según el principio *paterna paternis, materna maternis*. De manera que en cada bien suceden los parientes del dueño que lo introdujo en la familia quedando excluidos quienes no se relacionan con él, aunque sean familiares del causante».

Así considerada, la troncalidad es una reliquia histórica, con todavía puntual predicamento, es cierto, en el ámbito del Derecho foral. Pero por lo que respecta al Código Civil ninguna duda debe haber de que sigue el modelo subjetivo de sucesión intestada, aunque no de un modo totalmente puro, por cuanto matiza el sistema con la vigencia de las reservas de ciertos bienes conforme a los artículos 811 y 968 y siguientes, y del derecho de reversión del artículo 812, que se comportan en su función como verdaderos atisbos, sino algún resabio, del régimen de troncalidad.

En efecto, el primero de tales artículos establece la **reserva** –estrictamente– **troncal**, también llamada **lineal**, según la cual:

> «El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que este hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar lo que hubiese adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan».

La reserva troncal implica un régimen sucesorio excepcional, por cuya virtud se sustraen de la libre disposición del testador, pero también del cauce sucesorio determinado por la ley –sucesión intestada–, ciertos bienes en beneficio de determinadas personas. Concretamente, el propósito es evitar «el peligro» de que bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente a título gratuito a manos de «extraños» por el azar de los enlaces matrimoniales conjugado con muertes prematuras.

EJEMPLO 1

El supuesto que se tiende a evitar entonces sería el siguiente: «A» y «B» se casan, teniendo luego un hijo, «C». Si muere «A» y le hereda su hijo «C», este recibirá los bienes que «A» hubiese heredado, por ejemplo, de su padre. Pues bien, si a su vez muere «C», y le hereda su madre, «B», esos bienes del padre habrían de cambiar de línea, de tronco, y si no se obligase –como el precepto hace– a «B», la madre, a reservarlos para los miembros de la familia de origen, los bienes se quedarían en la familia materna sin más.

El fenómeno se reproduce, entendiéndose en su fundamento mucho mejor, en el caso que regulan los artículos 968 a 980 del Código, el de la **reserva ordinaria**, **viudal**, **familiar** o **clásica**. Es así que se establece que el viudo o viuda (llamado reservista) que contrajera nuevas nupcias –o tuviera, aun durante el matrimonio, un hijo extramatrimonial– está obligado a reservar a los hijos y descendientes de su primera unión (reservatarios) la propiedad de todos los bienes que hubiera adquirido, por testamento, sucesión intestada, donación o cualquier otro título lucrativo, de su difunto consorte, de los hijos tenidos con él o de cualquiera de sus parientes en consideración a él.

Al igual que la reserva troncal, la reserva, en cualquiera de tales casos, se trata de una medida que se adopta en beneficio de la descendencia común, deje o no testamento el cónyuge viudo, pues como dice el artículo 973 del Código Civil:

> «Los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto [entiéndase, a su otro progenitor] o hubiesen repudiado su herencia».

EJEMPLO 2

Esta reserva protagoniza implícitamente, cual acicate de odio y agente de desunión entre las hermanas, la obra de Federico García Lorca *La casa de Bernarda Alba*, por cuanto los amores de Pepe «el Romano», el galán del pueblo, se verán atraídos por la mejor fortuna que le corresponde a la mayor de las hijas de la tiránica Bernarda, Angustias, nacida de un primer «y mejor» matrimonio, y por tanto con «más posibles» que sus hermanas, nacidas de la posterior unión de Bernarda con Antonio Benavides, tras cuyo funeral comienza justamente la obra y ese luto marcial e interminable que la madre impone a sus hijas; solo Angustias podrá salir de esa cárcel, porque solo ella está llamada a casarse.

En tercer lugar, el ámbito de la troncalidad en nuestro sistema no puede terminarse de comprender sin aludir al **derecho de reversión** del artículo 812 del Código, según el cual:

> «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió».

Como la reserva troncal se trata de un derecho legal que tiene como beneficiarios a los ascendientes del causante y que, como ella –se encarga de destacar el artículo 942 del Código–, es asimismo aplicable tanto a la sucesión abintestato como a la testamentaria.

Los presupuestos esenciales del derecho de reversión son:

- La existencia de una donación hecha por un ascendiente a favor de un descendiente, por ejemplo, de un padre a un hijo, por lo que se excluye tal derecho entre colaterales.
- Que el descendiente, a la sazón donatario, fallezca sin descendencia, de lo que surge que el derecho de reversión cese de operar habiendo dejado el donatario hijos o descendientes (matrimoniales, no matrimoniales, adoptivos), aunque luego lleguen a renunciar a la herencia de este, se demuestren indignos o todavía resulten por el propio donatario desheredados.

- Que los bienes donados formen parte, aun por sustitución, –mediante el expediente de la subrogación real– del patrimonio dejado por el causante, algo que no debe entenderse como que el donatario no pueda disponer de los bienes, incluso por título gratuito, en vida.

Concurriendo, pues, los requisitos apuntados, tendría lugar una suerte de sucesión legal que la doctrina no duda en calificar de singular y especial (Ruiz-Rico), al punto de sostener que el derecho de reversión vendría a implicar una doble sucesión: una relativa al conjunto de bienes del fallecido y otra que afectaría exclusivamente a los bienes donados que cumplieran con tales circunstancias (Serrano Alonso).

3. PRESUPUESTOS DE LA SUCESIÓN ABINTESTATO

3.1. CUÁNDO TIENE LUGAR

Como se ha dicho, la apertura de la sucesión intestada tiene lugar cuando el causante ha muerto –o, análogamente, se declara fallecido– sin hacer testamento, o sin disponer de todos sus bienes, o, lo que es lo mismo, cuando falta, en todo o en parte, disposición testamentaria. Desarrolla casuísticamente el artículo 912 del Código los supuestos en que procede la sucesión intestada, señalando exactamente los cuatro siguientes:

> «1.º Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.
>
> 2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tiene lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.
>
> 3.º Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero o este muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.
>
> 4.º Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder».

La doctrina se halla de acuerdo en que la enumeración que hace el Código es abierta, en que no estamos ante una lista cerrada, siendo la falta de herederos, aun respecto de una parte de la masa hereditaria, el presupuesto matriz del modelo, como confirma

con su entradilla el artículo 913 del Código Civil. Se ha de incluir, por tanto, cualquier supuesto en que el testamento o alguna disposición de contenido patrimonial del testamento pierda su eficacia sin que la cuestión pueda solventarse con instituciones complementarias como el derecho de representación (vigente, como sabemos, aun con matices para la sucesión intestada) o el de acrecer; yendo así desde el caso en que se cumpla la condición resolutoria de la que se haya hecho depender la institución de heredero hasta el de la destrucción física del testamento, pasando por el de la nulidad de la institución hereditaria por preterición en el marco del artículo 814 del Código Civil o la existencia de un testamento posterior de alcance exclusivamente revocatorio. En definitiva, lo que vendría a reflejarse, más allá de la casuística, es la consustancial supletoriedad del régimen intestado en nuestro sistema, tal y como la hemos caracterizado desde un principio.

Precisiones

Resultan sumamente ilustrativas las palabras de Albaladejo García sobre el tema, en el epígrafe titulado «Destinos de la herencia previos a ir a los sucesores intestados». Así señala que, aparte del primero de los caminos posibles, esto es, el de que la herencia vaya a los herederos testamentarios instituidos en disposición válida, eficaz y aceptada por el llamado, antes de pasar (toda la herencia o la parte o porción que, en definitiva, no vaya a quien llamó a ella de tal modo el causante), la herencia iría antes:

> «1.º A los herederos del instituido en testamento que no la hubiese recibido por haber muerto antes de aceptarla o repudiarla.
>
> 2.º En su defecto (como si, por ejemplo, el instituido premurió al causante o es incapaz de heredarle), a quienes tuviesen derecho a heredar su parte en virtud de representación sucesoria en la sucesión testamentaria (cuando tal derecho lo concede la ley o el testador).
>
> 3.º En su defecto, al sustituto vulgar del instituto que no suceda.
>
> 4.º En su defecto, al coheredero con derecho de acrecer la parte del instituido que no suceda».

De ello, –continúa nuestro autor, en su provechosa síntesis– resulta:

> «Que el orden total para recibir un heredero la herencia sería:
>
> 1.º El instituido en testamento, y en su defecto quien sea respecto de él:

.../...

.../...

2.º Transmisario (ex art. 1.006 del CC).

3.º Representante sucesorio [en los términos en que el derecho de representación se aplica en sede testamentaria].

4.º Sustituto vulgar (arts. 912.3.º y 986).

5.º Coheredero con derecho de acrecer (arts. 912.3.º y 986).

6.º En último lugar, el heredero intestado del causante (arts. 912, principio, y 3.º y 986)».

Por tanto, antes de llegar al heredero intestado, la herencia iría, y por ese orden, a cualquiera de estos herederos, todos ellos testamentarios, claro está.

3.2. CAPACIDAD

El propio Código Civil, en su artículo 914, establece que «lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada», lo que explica que así, de una forma conjunta, hayamos tratado el tema de la capacidad para suceder de un modo integral en la Unidad 6. Hemos de atenernos, así, recordando aquí lo imprescindible, a la norma que establece el artículo 758, párrafo 1.º, del Código Civil, respecto a que para calificar la capacidad del heredero hay que atenerse al momento de la apertura de la sucesión de que se trate. Teniendo en cuenta, por otra parte, que la incapacidad del nombrado no provocará la apertura de la sucesión intestada, cuando tenga quien le sustituya, o si, llamado con otros a la herencia, proceda el derecho de acrecer (arts. 774 y ss. y 982 del CC).

3.3. TÍTULO

El título de la sucesión intestada consiste en el llamamiento legal, es decir, deriva directamente de la ley, pero para hacer efectivo este derecho legal es preciso que los herederos intestados tengan a su favor la llamada declaración de herederos abintestato, que viene a funcionar como un título formal de la condición de heredero intestado que se limita a la mera constatación de que se tiene por tal vía derecho a heredar (que es, como se ha dicho, el único título sustantivo, por tanto), en estricto cumplimiento de los pre-

supuestos legales. En estos términos, la exigencia de la declaración judicial de herederos es terminante, pues el Código la exige incluso para la sucesión del Estado (art. 958).

4. ORDEN LEGAL DE LLAMAMIENTO, CATEGORÍAS DE SUCESORES ABINTESTATO Y GRADO SUCESORIO

El artículo 913 del Código Civil establece el **orden legal de llamamiento** abintestato, disponiendo que «a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado». Esta declaración general, con base en los principios que ya hemos estudiado, se desarrolla en los artículos 930 y siguientes del Capítulo IV del Título III del Libro III («Del orden de suceder según la diversidad de líneas»), que se divide en cuatro Secciones que tratan, respectivamente, de la sucesión de la línea recta descendente, de la línea recta ascendente, de la sucesión del cónyuge y de los colaterales –sección que aquí subdividiremos, pues aun en un mismo apartado la sucesión del cónyuge se prescribe preferente a la de los colaterales–, y de la sucesión del Estado.

Se trata de una ordenación escalonada, jerarquizada, anclada en el criterio de preferencia, o lo que es lo mismo, de exclusión entre las distintas **categorías** de herederos que se destacan, de modo que aceptada la herencia por quienes integren una categoría antecedente se excluye a los posibles interesados ubicados en cualquiera de las categorías restantes. La única excepción la constituye el cónyuge viudo cuya legítima, aunque en usufructo, le corresponde aunque haya herederos de la primera (descendientes) o segunda categoría (ascendientes), esto es, de cualquiera de las categorías que le preceden.

Pero ello no es suficiente para comprender el modelo legal adoptado, pues en cada categoría donde pueda haber pluralidad de sucesores todavía ha de discriminarse. Naturalmente, esto es algo que de suyo solo puede suceder con las categorías que integran los parientes (descendientes, ascendientes o colaterales), pero imposible allí donde la categoría se conforma esencialmente por una sola persona (cónyuge viudo y Estado). Y es que en cada categoría de parientes, la exclusión de la línea colateral por la línea recta, por un lado, y dentro de esta, a su vez, la exclusión de los ascendientes por los descendientes, no es suficiente en el caso, sumándose entonces el criterio de la **proximidad en el grado de parentesco**, de modo que, como establece el artículo 921 del Código, «el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar». Confirmación del principio es la regla del artículo 922, según la cual, «si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar».

Precisiones

Lugar este para recordar lo visto en la primera parte del Derecho sucesorio (véanse Unidades 6 y 7), en cuanto el Código, antes de establecer este principio de la proximidad de grado, dicta una serie de reglas sobre la formación del parentesco por líneas (recta o directa y colateral: arts. 916 y 917), distinguiendo la línea recta en descendente y ascendente (art. 917) y estableciendo su proximidad por grados, por generaciones (arts. 915 y 918), que se computan de distinto modo en la línea recta que en la colateral (art. 918, párrafos 2.º y 3.º), hablando, por último, del doble vínculo y del vínculo sencillo (art. 920).

Pero la proximidad en el grado tampoco es completamente determinante, en cuanto varios sucesores pueden encontrarse en el mismo grado de parentesco. Para este caso, muy frecuente, de igualdad de grado conviene anticipar a título ilustrativo y con carácter genérico que son posibles tres modos o formas de distribución de la herencia según corresponda: la sucesión por cabezas, la sucesión por estirpes o la sucesión lineal o por líneas.

- **Sucesión por cabezas.** Consiste en distribuir la herencia en tantas partes como personas estén llamadas a la sucesión. Por regla general, las partes son iguales (art. 921, párrafo 2.º), pero pueden ser desiguales, como en el caso de los medios hermanos que concurren con hermanos de doble vínculo (art. 949).

  La división per cápita constituye la forma normal de distribuir la herencia, refiriéndose a ella el Código en variedad de artículos: así, 932, 934, 936, 948, 950, 951 y 954.

EJEMPLO 3

Si «A» muere sin testamento dejando tres hijos, estos heredarán per cápita, a partes iguales, en tanto que la herencia vendrá a distribuirse por cabezas.

- **Sucesión por estirpes.** Conlleva distribuir la herencia por grupos o series de parientes, cada uno de los cuales toma conjuntamente la cuota viril que hu-

biera correspondido a su causante si hubiese vivido y podido heredar. Como sabemos, se da esta forma de división siempre que se hereda por derecho de representación, cuya operativa supone, como reiteran los artículos 921 y 922 citados, la gran excepción legal al principio de proximidad en el grado.

EJEMPLO 4

Si una persona muere sin testamento dejando a hijos y nietos de otro hijo premuerto, la herencia se distribuirá por estirpes, ya que los nietos representarán en el llamamiento a su padre.

- **Sucesión por líneas.** Consiste en dividir la herencia en dos partes, una para los parientes de la línea paterna y otra para los parientes de la línea materna. El Código Civil solo aplica este procedimiento a la sucesión de los ascendientes de segundo o posteriores grados, en el caso de que hubiere varios de igual grado pertenecientes a líneas diversas (art. 940).

EJEMPLO 5

Si una persona muere sin testamento y sin prole, sobreviviéndole su madre, esta será su única heredera. Pero si, muertos sus padres al tiempo, los que le sobrevivieran fueran sus dos abuelos paternos y su abuela materna, la herencia quedaría distribuirá no por cabezas, sino mitad para los primeros y mitad para la segunda. Fíjese en que ambas líneas, paterna y materna, quedarían por igual saldadas si fueran los padres del difunto sus herederos, pero no podría decirse por ello que la herencia se distribuiría en el caso por líneas, sino por cabezas, aunque el resultado sea en verdad análogo.

5. DE LA SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Los descendientes (hijos, nietos) conforman, pues, la primera categoría de llamados abintestato, lugar de privilegiada jerarquía perfectamente entendible. Exactamente, las normas que ofrece el Código en la materia son las siguientes:

- La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente (art. 930).
- Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendentes sin distinción de sexo, edad o filiación (art. 931).
- Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales (art. 932).
- Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre estos por partes iguales (art. 933).
- Si quedaran hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación (art. 934).

6. DE LA SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

Sigue el Código advirtiendo que:

- A falta de los hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes (art. 935).
- El padre y la madre heredarán por partes iguales (art. 936).
- En el caso de que sobreviva uno solo de los padres, este sucederá al hijo en toda su herencia (art. 937).
- A falta de padre y de madre sucederán los ascendientes más próximos en grado (art. 938).
- Si hubiere varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea, dividirán la herencia por cabezas (art. 939).
- Si los ascendientes fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos (art. 940).
- En cada línea la división se hará por cabezas (art. 941).
- Y todo ello sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable tanto a la sucesión intestada como a la testamentaria, como aquí ya se ha dicho.

En resumen, el padre y la madre, si existen, heredan por partes iguales; si solo sobrevive uno de los progenitores, este sucede en la herencia filial. A falta de padre y de madre, suceden los ascendientes más próximos de grado; si varios de igual grado pertenecen a la misma línea, dividen la herencia por cabezas; si son de diferentes líneas, pero del mismo grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos; y en cada línea, la división se hace por cabezas. Así, si heredan el abuelo y la abuela paternos y la abuela materna, esta recibirá una mitad, mientras que cada uno de aquellos una cuarta parte.

Tales normas se alteran, en todo caso, por el juego de las reservas y a consecuencia de la sucesión legitimaria del cónyuge supérstite, que mantiene su derecho a la cuota legal usufructuaria sobre la mitad del caudal hereditario en los mismos términos que en la sucesión testamentaria.

7. DE LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

El Código, a continuación, incorpora en una misma Sección, algo que puede confundir en cuanto entre ellos se ordenan preferentemente, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales del difunto (art. 943). Pero conviene hacer la necesaria distinción, pues, como bien dice el artículo 944, en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente. Se trata de una regla lógica, que convive con otra más cuestionable que es la de que al cónyuge supérstite se le antepongan los ascendientes del causante, algo que como sabemos logra mitigarse, tan solo mitigarse –en el juego de intereses que considera el legislador (común) en este punto– con su condición de heredero legitimario –no solo legítimo por tanto– a título de usufructuario pese a encontrarnos en el ámbito de la sucesión abintestato. En cambio, y como decimos, no habiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge se le llama aquí como heredero universal «a la propiedad» del conjunto de los bienes.

En todo caso, precave el Código que «no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado judicialmente o de hecho» (art. 945).

8. DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

A falta, pues, de cónyuge en las condiciones apuntadas, heredarán los parientes colaterales, según las siguientes reglas:

- Los hermanos e hijos de hermanos sucederán con preferencia a los demás colaterales (art. 946).
- Si no existieran más que hermanos de doble vínculo, estos heredarán por partes iguales (art. 947).
- Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes (art. 948).
- Si concurrieran hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquellos tomarán doble porción que estos en la herencia (art. 949).
- En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por parte de madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes (art. 950).
- Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo (art. 951).
- No habiendo hermanos ni sobrinos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extenderá el derecho de heredar abintestato (art. 954). La sucesión de estos colaterales se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón de doble vínculo (art. 955).

Precisiones

Como sabemos, aunque no está de más el recordatorio, para tener una visión de conjunto, los parientes de esta especie, trátese de hermanos, de tíos y sobrinos o primos, carecen en principio de todo derecho a legítima. Por lo tanto, su «llamamiento legal» se reduce a la sucesión intestada y en defecto de parientes en línea recta y cónyuge.

9. DE LA SUCESIÓN DEL ESTADO

Finalmente, dispone el Código la adjudicación de las herencias vacantes al Estado, que asume entonces, y con el régimen muy especial que sigue, la condición de heredero, por más que a través de impuesto de turno, el Fisco se lleve una buena parte en cada sucesión, sin que el devengo del tributo lo convierta obviamente en sucesor.

Precisiones

Sobre el régimen del Impuesto sobre Sucesiones (y Donaciones) cuyo carácter progresivo se basa, entre otros criterios, en el grado de parentesco (a mayor proximidad, tipo más reducido), se recomienda en todo caso confrontar la Unidad 9 del manual *Derecho Financiero y Tributario. Fiscalidad de las Personas Físicas y Jurídicas*, disponible para el alumno en el Aula Central de Grados.

- A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en los epígrafes anteriores, heredará el Estado, quien asignará una tercera parte de la herencia a instituciones municipales del domicilio del difunto, de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, sean de carácter público o privado, y otra tercera parte a instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo, tanto entre unas como entre otras, aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general. La otra tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda Pública, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación (art. 956).
- Los derechos y obligaciones del Estado, así como los de las instituciones o entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes, serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1.023 (art. 957).
- Sea como fuere, para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos (art. 958).



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Se tiene por **intestada** o **abintestato** la sucesión hereditaria que se defiere por ministerio de la ley, cuando faltan, en todo o en parte, herederos testamentarios.
- Son características de la sucesión intestada:
  - Supletoriedad. La sucesión intestada es una sucesión supletoria de la voluntaria, ya que solo tiene lugar cuando falta testamento válido, cuando no ha dejado precisado el causante quiénes habrán de heredarle; existe testamento pero es ineficaz, o por razones subjetivas, relativas a los convocados por testamento a la herencia (por incapacidad, repudiación, premoriencia, etc.).
  - Legalidad, en tanto que la ley es la que directa y exclusivamente, sin que medie declaración de voluntad de ninguna persona, hace el llamamiento a quienes deben ser herederos.
  - Universalidad. La sucesión intestada es una sucesión universal, con la única excepción de la cuota usufructuaria que se reconoce aun en este ámbito al cónyuge supérstite, cuya naturaleza todavía puede discutirse.
  - Compatibilidad. La sucesión intestada, en cuanto llamamiento *ex lege*, resulta compatible cuando el testador no dispone de todos sus bienes o se da cualquier otro motivo por el que una parte de la herencia queda vacante pese a haber testamento.
- El fundamento particular de la sucesión abintestato no es otro que la ordenación misma de la familia y la pertenencia al grupo familiar, de una parte, y, de otra, la pertenencia al grupo político, esto es, al Estado.
- Excepcionalmente, mediante el juego de las reservas (arts. 811 y 968 y ss. del CC) pero también del derecho de reversión (art. 812 del CC), nuestro sistema evita que ciertos bienes sigan el régimen común a través del juego de la troncalidad, que opera igualmente para sucesión testada o intestada. A través de este arcaico instituto los bienes en cuestión solo podrán recabar en parientes, es cierto, pero consanguíneos, de modo que los que se hayan

adquirido de parientes paternos, quedan en la familia paterna, y los que vengan de la rama materna, queden, por su parte, en ella.

- El artículo 913 del Código Civil establece el **orden legal de llamamiento** abintestato, disponiendo que «a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado». El orden intestado de sucesión sigue, así, un patrón escalonado, jerarquizado, en cuanto anclado en el criterio de preferencia, o lo que es lo mismo, de exclusión entre las distintas **categorías** de herederos que se destacan, de modo que aceptada la herencia por quienes integren una categoría antecedente se excluye a los posibles interesados ubicados en cualquiera de las categorías restantes. La única excepción la constituye el cónyuge viudo cuya legítima, aunque en usufructo, le corresponde aunque haya herederos de la primera (descendientes) o segunda categoría (ascendientes), esto es, de cualquiera de las categorías que le preceden.

  Pero como en cada categoría donde puede haber pluralidad de sucesores todavía ha de discriminarse. Naturalmente, esto es algo que de suyo solo puede suceder con las categorías que integran los parientes (descendientes, ascendientes o colaterales), pero imposible allí donde la categoría se conforma esencialmente por una sola persona (cónyuge viudo y Estado). Y es que en cada categoría de parientes, la exclusión de la línea colateral por la línea recta, por un lado, y dentro de esta, a su vez, la exclusión de los ascendientes por los descendientes, no es suficiente en el caso, sumándose entonces el criterio de la **proximidad en el grado de parentesco**, de modo que, como establece el artículo 921 del Código Civil, «el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar». Confirmación del principio es la regla del artículo 922, según la cual, «si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar».

  Y todavía la proximidad en el grado tampoco es completamente determinante, en cuanto varios sucesores pueden encontrarse en el mismo grado de parentesco. Para este caso, muy frecuente, de **igualdad de grado** son posibles tres modos o formas de distribución de la herencia según corresponda: la sucesión por cabezas, la sucesión por estirpes o la sucesión lineal o por líneas.

  – La sucesión por cabezas es el modo más habitual, y consiste en distribuir la herencia en tantas partes como personas estén llamadas a

la sucesión. Por regla general, las partes son iguales, pero pueden ser desiguales, como en el caso de los medio hermanos que concurren con hermanos de doble vínculo.

– La sucesión por estirpes conlleva distribuir la herencia por grupos o series de parientes, cada uno de los cuales toma conjuntamente la cuota viril que hubiera correspondido a su causante si hubiese vivido y podido heredar. Como sabemos, se da esta forma de división siempre que se hereda por derecho de representación, cuya operativa supone la gran excepción legal al principio de proximidad en el grado.

– La sucesión por líneas consiste en dividir la herencia en dos partes, una para los parientes de la línea paterna y otra para los parientes de la línea materna. El Código Civil solo aplica este procedimiento a la sucesión de los ascendientes de segundo o posteriores grados, en el caso de que hubiere varios de igual grado pertenecientes a líneas diversas.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Procede la sucesión intestada:

a) Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.

b) Cuando en el testamento se dispone de todos los bienes.

c) Cuando se cumple la condición puesta a la institución de heredero.
d) Cuando el heredero instituido acepta a beneficio de inventario.

Enunciado 2

En la sucesión intestada, la herencia se difiere en primer lugar:

a) A la línea recta ascendente.
b) A la línea recta descendente.
c) A la línea colateral.
d) Al pariente más próximo.

Enunciado 3

En la reserva ordinaria, ¿cuáles de estos bienes han de reservarse?

a) Los adquiridos por donación de los hijos de un primer matrimonio.
b) Los gananciales.
c) Las cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o madre, sabiendo que estaban casados por segunda vez.
d) Los bienes anteriores al primer matrimonio.

Enunciado 4

El derecho de reversión o retorno de un bien donado en vida al testador corresponde:

a) Al ascendiente que lo hubiera donado, siempre que sea legitimario en la sucesión del donatario.
b) Al ascendiente donante en cualquier caso.
c) Al ascendiente donante legitimario cuando el donatario muera sin descendientes.
d) Al ascendiente donante, resulte o no legitimario en la sucesión del donatario, cuando este muera sin descendientes.

Enunciado 5

Siendo que Pedro, viudo, muere intestado con dos hijos vivos y dos nietos de otro que murió:

a) Los cuatro interesados se repartirán la herencia a partes iguales.

b) Solo heredarán los hijos, pues su derecho de acrecer se impone en el caso.

c) Los hijos heredarán un tercio cada uno, y el restante lo heredarán los nietos.

d) La herencia se dividirá, se distribuirá por cabezas.

Solución 1

a) Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.

Solución 2

b) A la línea recta descendente.

Solución 3

a) Los adquiridos por donación de los hijos de un primer matrimonio.

Solución 4

d) Al ascendiente donante, resulte o no legitimario en la sucesión del donatario, cuando este muera sin descendientes.

Solución 5

c) Los hijos heredarán un tercio cada uno, y el restante lo heredarán los nietos.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Madrid: Edisofer, 2008.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: *Manual de sucesión intestada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al*.: *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, Madrid: Dykinson, 2009.

RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho civil*, (traducción de R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro), Madrid: Reus, 1945.

SÁNCHEZ CALERO, F.J (coord.): *Curso de Derecho civil, IV. Derechos de familia y sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

SERRANO ALONSO, E.: *Manual de Derecho de sucesiones*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.

Avanzada

MOZOS, J.L. de los: «La sucesión abintestato en favor del Estado», en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pág. 393 y ss.

NÚÑEZ NÚÑEZ, M.: «Algunas diferencias fundamentales entre la sucesión intestada y los demás tipos de sucesión mortis causa contemplados por el Código Civil», en *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 2, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: 1996, pág. 2.021 y ss.

PÉREZ ESCOBAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid: Dykinson, 2003.

PÉREZ SIMÓN, M.: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest: *el principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona: Colegio de Notarios de Cataluña-Marcial Pons, 2001.

YSÀS SOLANES, M.: «La sucesión intestada en el Código Civil», en M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.) y J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones: Código Civil y normativa civil autonómica*, vol. 2, Madrid: Thomson-Reuters, 2011, pág. 1.561 y ss.